

Jurisprudentie telecommunicatie (etherfrequenties) 1991 - 2004

mr. J. Sijbrandij



1.	College van Beroep voor het Bedrijfsleven, nr. 91/2483/090/195, 6 november 1991.....	7
2.	College van Beroep voor het Bedrijfsleven, no. 90/3076/090/195 18 december 1991	15
3.	Voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, zaaknummer: 91/3321/090/195, 91/3456/090/195, 30 december 1991	24
4.	Vz Afdeling Rechtspraak Raad van State, 6 april 1992, nr. S01.92.0131.....	24
5.	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State no. S01.92.0148, 12 mei 1992.....	27
6.	Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, no. 92/0866/090/195 29 juni 1992.....	29
7.	Afdeling Rechtspraak Raad van State 19 maart 1993, nr. R01.92.0503/Q01	34
8.	Afdeling Rechtspraak Raad van State 19 maart 1993, nr. R01.91.3276/Q01	36
9.	Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 27 september 2003, no. 93/0805/090/195.....	38
10.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994 nr. 92/0866/090/195	42
11.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994. 92/0865/090/195	45
12.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994, nr. 93/0506/090/195	47
13.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994, nr. 93/0755/090/195	49
14.	Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 25 maart 1994, nr. 94/1208/090/195.....	54
15.	Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 25 maart 1994, rolnummers 94/1211/0901195, 94/1212/090/195, 94/1213/090/195, 94/1214/090/195, en 94/1215/090/195	56
16.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 1994 nr. 93/2444/090/195.....	60
17.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 1994, nrs 93/2445/090/195 en 93/2447/090/195.....	65
18.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 1994 nr. 93/1725/090/195.....	71
19.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 maart 1995, nr. 94/2533/090/195	76
20.	President College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 1995, nr. 95/0798/999/195	91
21.	President College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 1995, nr. 95/0779/090/195	94
22.	President College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 1995, nr. 95/0856/090/195	99
23.	President College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 1995, 95/0798/999/195	102
24.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 9 augustus 1995 nr. 93/2446/090/195	106
25.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 9 augustus 1995 , nr. 93/2448/090/195	107
26.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 24 januari 1996, nrs. 95/0778, 95/0799, 95/0801 en 95/0855/090/195	110
27.	EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS DECISION	118
28.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 20 maart 1996, nrs. 92/0866/090/195 en 93/2444/090/195	124
29.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 28 augustus 1996, nr. 94/2603/090/195	127
30.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 augustus 1996, nrs. 95/0580/090/195 en 95/1137/090/195	130
31.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 10 september 1997, nr. 96/0352/090/195.....	135
32.	President arrondissementsrechtbank te Rotterdam 4 november 1997, nr.: VWTW 97/3569.....	138
33.	President Arrondissementsrechtbank te Rotterdam 4 november 1997, nrs. VWTW 97/3570 tot en met 97/3572 VWTW 97/3582 tot en met 97/3588 VWTW 97/3663 tot en met 97/3672 VWTW 97/3674 tot en met 97/3695 VWTW 97/3721 tot en met 97/3744 VWTW 97/3786 tot en met 97/3793	144
34.	President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage 24 december 1997, rolnummer 97/1745	163
35.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 15 april 1998, nr. 96/0712/090/195.....	164
36.	Hof 's-Gravenhage 16 april 1998, rolnr. C98.133, rolnr.rb.: 97/1745	167
37.	President rechtbank Rotterdam 25 juni 1998, nr. VWTW 98/1035-S1.....	170
38.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 15 juli 1998, nr. 95/0413/090/195.....	171

39.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 oktober 1998, nr. AWB 97/1138.....	174
40.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 oktober 1998, AWB 97/1124.....	179
41.	Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak 23 april 1999, H01.98.1176	183
42.	Rechtbank Rotterdam 12 mei 1999, nr. WTV 98/1308-51	186
43.	Rechtbank Rotterdam 3 juni 1999, VTELEC 99/955-S1.....	188
44.	President Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1999, VTELEC 99/1726-SIMO, LJN: AA4099	194
45.	Rechtbank Rotterdam 26 oktober 1999, TELEC 99/557-SIMO.....	195
46.	President Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1999, VTELEC 99/1726-SIMO, LJN: AA4099	197
47.	Rb Rotterdam 11 november 1999, Zaaknr: TELEC 98/148-DLD, TELEC 98/214-DLD, TELEC 98/233-D LJN-nummer: AA4824.....	199
48.	Rechtbank Rotterdam 11 november 1999, nr:TELEC 98/216-DLD, TELEC 98/279-DLD, LJN: AA5132	207
49.	Rechtbank Rotterdam 21 december 1999, WTV 98/1982-SIMO, LJN: AA5512.....	211
50.	President Rechtbank Rotterdam 23 december 1999, nr. VTELEC 99/2547-SIMO	214
51.	President Rechtbank Rotterdam 8 maart 2000, nr. VTELEC 00/261-SIMO	218
52.	Rechtbank Rotterdam 4 mei 2000, TELEC 00/210-SIMO	223
53.	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 9 juni 2000, nr. E03.97.1276.....	227
54.	Rechtbank Rotterdam 18 juli 2000, nrs. TELEC 99/2736-SIMO en TELEC 00/1204-SIMO	236
55.	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 12 september 2000 nr. C-443/97.....	237
56.	Rechtbank Rotterdam 13 september 2000, nr: TELEC 99/2715-RIP, TELEC 99/2781-RIP, LJN: AA7093 en AA8568.....	244
57.	Rechtbank Rotterdam 13 oktober 2000, nr TELEC 00/1371-SIMO, LJN: AA7478.....	250
58.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 februari 2001, No. AWB 97/19.....	254
59.	Rechtbank Rotterdam 20 februari 2001, zaaknr: VGEMWT 01/159-SIMO VGEMWT 01/160-SIMO, LJN-nummer: AB0141	260
60.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 28 februari 2001, No. AWB 99/212.....	263
61.	Rechtbank Rotterdam 2 april 2001, nrs. WTV 99/519, 99/520, 99/533, 99/552 t/m 99/555, 99/561, 00/006, 00/007, 00/008-SIMO	266
62.	Rechtbank Rotterdam 25 april 2001, reg.nr.: TELEC 00/2699-SIMO.....	282
63.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 25 april 2001, AWB 00/829, 00/854 en 00/857, LJN:AB1647	285
64.	Rechtbank Rotterdam 9 mei 2001, zaaknr: WTV 99/2731-SIMO, LJN-nummer: AD9892	299
65.	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 1 juni 2001, nr 200001766/1	302
66.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 18 juli 2001, nrs. AWB00/910, 00/913, 00/924, 00/925	305
67.	President Rechtbank Rotterdam 15 augustus 2011, nr. vtelec 01/1242-SIMO, LJN-nummer: AD4534.....	312
68.	President rechtbank Rotterdam 15 augustus 2001, zaaknr: VTELEC, 01/1654-SIMO, LJN-nummer: AE3270317	317
69.	Rechtbank Rotterdam 10 september 2001, zaaknr: TELEC 00/1399 SIMO, LJN-nummer: AE0061.....	320
70.	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 12 september 2001, No. E03.98.1581	323
71.	Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2001, zaaknr: TELEC 01/152-SIMO, LJN-nummer: AE0060	325
72.	Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2001, zaaknr: TELEC 01/78-SIMO, LJN-nummer: AD7188.....	330
73.	Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2001, reg.nrs.: TELEC 00/ 1293-SIMO en TELEC 00/1663-SIMO	335
74.	Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2001, reg.nr.: TELEC 00/838-SIMO.....	337
75.	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 7 november 2001 Nos. 199900365/1 en 200000021/1.....	342
76.	Rechtbank Rotterdam 14 november 2001, zaaknr: VTELEC,01/2232-SIMO, LJN-nummer: AD5474	347
77.	President Rechtbank Rotterdam 22 november 2001, zaaknr. VTELEC 01/2318-SIMO.....	353
78.	Rechtbank Rotterdam 27 december 2001, zaaknr. TELEC 00/1824 - SIMO	358

79.	President Rechtbank Rotterdam, 28 december 2001, zaaknr: VTELEC, 01/2800-BOS,LJN-nummer: AE0037362	
80.	Rechtbank Rotterdam 8 januari 2002, zaaknr: TELEC 01/1064-SIMO, LJN-nummer: AE2107	366
81.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 30 januari 2002, AWB 00/794, LJN: AD9969.....	370
82.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 27 februari 2002, nrs. AWB 99/1039 en 99/1053, LJN: AD9967 ..	375
83.	Rb Rotterdam 5 juni 2002, zaaknr: TELEC 01/2190-SIMO, LJN-nummer: AE3729	387
84.	Rb. Rotterdam 5 juni 2002, nrs. TELEC 01/2005-SIMO, TELEC 01/2156 t/m 01/2160-SIMO en TELEC 01/2189-SIMO	392
85.	Vz. Afd. bestuursrechtspraak RvS 27 juni 2002, nr. 200203214/1	397
86.	Rb Rotterdam, reg.nr.: TELEC 02/473-SIMO.....	399
87.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 3 juli 2002, nr. AWB 01/377	400
88.	Rb Rotterdam 15 juli 2002, nr. TELEC 01/991 RIP.....	406
89.	Rb Rotterdam 15 juli 2002, reg.nr.: TELEC 00/2487 RIP.....	410
90.	Rb Rotterdam 15 juli 2002, reg.nr.: TELEC 01/2047 RIP.....	414
91.	Rb Rotterdam 15 juli 2002, reg.nr.: TELEC 00/2075 RIP.....	418
92.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam, 24 juli 2002, nrs. VTELEC 02/1169, 02/1319, 02/1362, 02/1363, 02/1434, 02/1498, 02/1504 t/m 02/1508, 02/1511, 02/1513, 02/1595 t/m 02/1601, 02/1618, 02/1644 en 02/1654 t/m 02/1675-SIMO	424
93.	President Rb Rotterdam 24 juli 2002, zaaknr: VTELEC 02/1443, 02/1449, 02/1521, 02/1573 t/m 02/1577 en 02/1579 t/m 02/1594-SIMO, LJN: AE5811	435
94.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 24 juli 2002, zaaknr: VTELEC 02/1479-SIMO VTELEC 02/1480-SIMO, LJN: AE5812	439
95.	President Rechtbank Rotterdam 24 juli 2002, Zaaknr: VTELEC 02/1519-SIMO VTELEC 02/1520-SIMO, LJN: AE5813	440
96.	President Rechtbank Rotterdam 24 juli 2002, Zaaknr: VTELEC 02/1603-SIMO, LJN: AE5814	442
97.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 7 augustus 2002, Nrs. AWB 01/385, 01/454, 01/467, 01/468, LJN: AE6682	444
98.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam, 2 september 2002 reg.nr.: VTELEC 02/2165-RIP VTELEC 02/2212-FW-RIP	450
99.	Rb Rotterdam 3 september 2002, reg.nr.: Awb 02/1174 TI.....	453
100.	Rb Rotterdam 9 oktober 2002, zaaknr: 01/292 en 01/604 TELEC, LJN-nummer: AF1033	453
101.	Rb Rotterdam 11 oktober 2002, Zaaknr: TELEC 02/2543, LJN-nummer: AE9837.....	457
102.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 11 oktober 2002, Nrs. VTELEC 02/2258, 02/2275, 02/2301, 02/2330, 02/2340 en 02/2349, 02/2378, 02/2385, 02/2409, 02/2411, 02/2445, 02/2467, 02/2483, 02/2488, 02/2500, 02/2501 - SIMO	458
103.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 11 oktober 2002, reg.nr.: VTELEC 02/2468-SIMO	472
104.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 11 oktober 2002, reg.nrs: (V)TELEC 02/2261 en 02/2262 (hoofdzaak), 02/2342 en 02/2344 (hoofdzaak), 02/2346 en 02/2347 (hoofdzaak), 02/2350 en 02/2351 (hoofdzaak), 02/2352 en 02/2353 (hoofdzaak), 02/2379 en 02/2380 (hoofdzaak), 02/2381 en 02/2382 (hoofdzaak), 02/2383 en 02/2384 (hoofdzaak), 02/2412 en 02/2413 (hoofdzaak), 02/2414 en 02/2415 (hoofdzaak), 02/2464 en 02/2463 (hoofdzaak), en 02/2465 en 02/2466-SIMO (hoofdzaak).....	473
105.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 11 oktober 2002, reg.nrs.: VTELEC 02/2260-SIMO VTELEC 02/2515-SIMO	475
106.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 11 oktober 2002, reg.nrs: VTELEC 02/2446-SIMO, TELEC 02/1497-SIMO (hoofdzaak)	475
107.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 18 november 2002, reg.nr.: VTELEC 02/2910-SIMO	477
108.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 18 november 2002, reg.nr.: TELEC 02/2947-SIMO	479
109.	Rb Rotterdam 29 november 2002, zaaknr: TELEC 01/813-SIMO, LJN-nummer: AF2578.....	480

110.	Rb Rotterdam 29 november 2002, Zaaknr: TELEC 01/418-SIMO/TELEC 01/814-SIMO, LJN-nummer: AF2577488	
111.	Rb Rotterdam 17 december 2002, reg.nr: TELEC 02/3360-MES	501
112.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 20 januari 2003, LJN-nummer: AF3135 Zaaknr: 03/66 VTELEC 502	
113.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 20 januari 2003, reg.nr: VTELEC 02/3498 MESK	505
114.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 20 januari 2003, reg.nr: VTELEC 02/3498 MESK	507
115.	Rb Rotterdam 7 februari 2003, AWB 02/1503	508
116.	Rechtbank Rotterdam 10 maart 2003, reg.nr.: TELEC 01/1394 RIP	509
117.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 10 maart 2003, reg.nr.: VTELEC 03/196 MESK , VTELEC 03/197 MESK, VTELEC 03/198 MESK	514
118.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 20 maart 2003, reg.nr.: VTELEC 03/333 MESK	515
119.	Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak 26 maart 2003, LJN nummer: AF6390 Zaaknr: 200202130/1 en 200202285/1	519
120.	College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 april 2004, LJN-nummer: AF8582, zaaknr: AWB 02/5	521
121.	Rb Rotterdam 1 mei 2003, zaaknr: 01/1043-MEDED, LJN-nummer:AF9122.....	528
122.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 13 mei 2003, , zaaknr: VTELEC 03/750, 03/786, 03/787, 03/799, 03/800, 03/1127, 03/1128, 03/1129, 03/1191, 03/1192, 03/1239, LJN-nummer: AF8574	533
123.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 13 mei 2003, reg.nr.: VTELEC 03/1305 NAV en VTELEC 03/1370 ZZ NAV	547
124.	Rechtbank Rotterdam 14 mei 2003, Reg.nr.: TELEC 02/420 RIP.....	551
125.	Rb Rotterdam 3 juni 2003, reg.nrs: TW 01/2577 RIP TW 01/2578 RIP	555
126.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam, VTELEC 03/1466-NAV, Proces-verbaal mondelinge uitspraak gedaan op 23 mei 2003.....	557
127.	Raad van State , Afdeling Bestuursrechtspraak, 11 juni 2003, LJN-nummer:AF9837, Zaaknr 200300731/1 ...	559
128.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2003, reg.nr.: VTELEC 03/1617-NAV.....	561
129.	Rb rotterdam 1 juli 2003, reg.nr.: TELEC 02/536-MES.....	563
130.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2003, LJN-nummer: AH9756, zaaknr: VTELEC 03/1821-RIP 564	
131.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2005, Zaaknr: VTELEC 03/1662-RIP en VTELEC 03/1663-RIP, LJN-nummer: AH9748.....	575
132.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2003, zaaknr:VTELEC 03/1660-RIP en VTELEC 03/1754-RIP, LJN-nummer: AH9746.....	583
133.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2003, zaaknr: VTELEC 03/1813-RIP en VTELEC 03/1814-RIP, LJN-nummer: AH9754	594
134.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2003, zaaknr: VTELEC 03/1792-RIP en VTELEC 03/1793-RIP, LJN-nummer: AH9751	607
135.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 3 juli 2003, reg.nrs.: VTELEC 03/1809-RIP en VTELEC 03/1810-RIP 618	
136.	Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 18 juli 2003, reg.nr.: VTELEC 03/1860-MES	628
137.	Rechtbank Rotterdam 29 juli 2003, reg.nr. TW 01/2873-LAME	631
138.	Rechtbank Rotterdam 29 juli 2003, reg.nr.: TW 01/1062-LAME	636
139.	College van Beroep voor het bedrijfsleven, 3 september 2003, zaaknr: AWB 02/1606, LJN-nummer: AL8124641	
140.	Rechtbank Rotterdam 16 september 2003, reg.nr.: TELEC 01/861-LAME	646
141.	Rb 's-Gravenhage 5 november 2003, LJN-nummer: AN7518, zaaknr: KG 03/702, sector civiel recht -voorzieningenrechter.....	650
142.	Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 11 november 2003, zaaknummer 03/3143-HRK, LJN: AN8444.....	652

143. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 19 december 2003, zaaknr: 03/3357 VTELEC, LJN-nummer: AO1756.....	658
144. Rb 's-Gravenhage 24 december 2003.....	665
145. Hof Amsterdam 30 december 2003, rolnummer 23.2980.02.....	667
146. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 26 februari 2004, LJN-nummer:AO4460, Zaaknr: KG 04/229 AB 670	
147. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 29 maart 2004, No.AWB 03/197; LJN: AO7734.....	675
148. Rechtbank 's-Gravenhage 14 april 2004 , rolnummer : 03-2478, (bij vervroeging).....	680
149. Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, LJN-nummer: AO7916, Zaaknr: 200303488/1.....	682
150. College van Beroep voor het bedrijfsleven 23 april 2004, LJN-nummer: AO9548 Zaaknr: AWB 03/463.....	685
151. Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 27 april 2004, Reg.nrs.: VTELEC 04/1215 t/m 04/1218-MESK, LJN: AP1666.....	689
152. College van Beroep voor het bedrijfsleven 4 mei 2004, zaaknr: AWB 02/1351, 02/1388, 02/1390 en 02/1391, LJN-nummer: AO9551.....	692
153. Rb Rotterdam 27 mei 2004, Reg.nrs : TELEC 01/2782-LAME en TELEC 03/1685-LAME.....	697
154. Rb Rotterdam 1 juli 2004, reg.nrs.: TELEC 02/376, 02/377, 02/467, 02/468, 02/470 t/m 02/472 en 02/474-RIP. 706	
155. Tussenvonnis van 22 juli 2004 van de Voorzieningenrechter in kort geding Rb Amsterdam, LJN: AQ5584 ...	714
156. Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage, 26 juli 2004, zaaknr: KG 04/698, LJN-nummer: AQ5315... 718	
157. Rb Rotterdam 30 juli 2004, reg.nrs: TELEC 03/ 13 t/m 03/19-RIP.....	725
158. Rb Rotterdam 26 juli 2004, reg.nrs.: VTELEC 04/2098-HRK.....	730
159. Rb Rotterdam 11 augustus 2004, reg.nr.: TELEC 02/3474 WILD.....	733
160. Rechtbank Rotterdam 25 augustus 2004, TELEC 02/469-WILD.....	734
161. Rb Rotterdam 25 augustus 2004 TELEC 02/1365.....	740
162. Rb Rotterdam 26 augustus 2004, reg.nr.: TELEC 03/69-WILD.....	742
163. Rb Rotterdam 21 september 2004, reg.nr.: TW 03/896 LAME.....	744
164. Rb Rotterdam 11 oktober 2004, reg.nrs.: TELEC 03/20 t/m 03/31-LAME.....	745
165. Rb Rotterdam 15 oktober 2004, reg.nr.: TELEC 03/1431 LAME.....	747
166. Rb Rotterdam 26 oktober 2004, reg.nr.: TW 03/941-LAME.....	749
167. Rb Rotterdam 28 oktober 2004, reg.nr.: TELEC 03/3576-HRK.....	751
168. Rb Rotterdam 28 oktober 2004, reg.nrs.: TELEC 03/67-WILD en TELEC 03/70-WILD.....	754
169. Rb Rotterdam 30 november 2004, reg.nr.: TELEC 04/193 LAME.....	758
170. Rb Rotterdam 1 december 2004, reg.nr.: TELEC 03/3742-LAME.....	759
171. Rb Rotterdam 1 december 2004, reg.nr.: TELEC 04/83- LAME, TELEC 04/180-LAME, TELEC 04/826-LAME ..	764
172. Rb Rotterdam 1 december 2004, reg.nr.: TELEC 04/168-LAME.....	768
173. Rb Rotterdam 17 december 2004, reg.nrs: TELEC 03/59-RIP en TELEC 03/60-RIP.....	771
174. Rb Rotterdam 17 december 2004, reg.nr.: TELEC 03/68-RIP.....	778
175. Rb Rotterdam 17 december 2004, reg.nr.: TELEC 03191-RIP.....	782
176. Rb Rotterdam 29 december 2004, reg.nr.: TELEC 02/2418 LAME 03/207 FW.....	788
177. Rb Rotterdam 29 december 2004, reg.nrs.: TELEC 03/2269, 03/2271 en 03/2324-WILD.....	792
178. Rb Rotterdam 29 december 2004, Reg.nr.: TELEC 03/3442 LAME.....	798

Auteur: mr. J. Sijbrandij, Groningen

Verveelvoudigingsrecht

Alles uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt op elektronische, mechanische of andere wijze.

Profiel LinkedIn

www.linkedin.com/in/jimte-sijbrandij-43189127

Websites

www.agentschaptelecom.nl

www.hermannshohen.blogspot.com

E-mail

Jimte.sijbrandij@telfort.nl

Ervaring

Auteur is Jurist bestuursrecht en ICT- jurist. Tot de werkzaamheden behoort het behandelen van bezwaarschriften en beroepsschriften en het adviseren over bestuursrechtelijke aangelegenheden. Hij beschikt over een uitgebreide kennis van de Europese Verordening Gegevensbescherming, van de e-Privacyrichtlijn, en van nationale en Europese regelgeving op de terreinen van digitalisering en cybersecurity.

Verder heeft auteur veel bestuursrechtelijke procedures voor zowel de Rechtbank Rotterdam als het College van Beroep voor het bedrijfsleven gevoerd, vooral op de terreinen media en openbare mobiele telecommunicatie.

Eerder zijn bij Kluwer verschenen (maar niet meer verkrijgbaar):

Jurisprudentie telecommunicatierecht 2011/2012

Jurisprudentie telecommunicatierecht 2009-2010

Jurisprudentie telecommunicatierecht 2008

Jurisprudentie telecommunicatierecht 2007

Jurisprudentie telecommunicatierecht 2006

Jurisprudentie telecommunicatierecht 2005

1. College van Beroep voor het Bedrijfsleven, nr. 91/2483/090/195, 6 november 1991

uitspraak in de zaak van:

Mr A.W. Hins en Mr P.B. Hugenholtz, beiden wonende te Amsterdam en handelende zowel voor zichzelf als voor de besloten vennootschap "Particuliere Zender Exploitatie Maatschappij De Vrije Ether", verzoekers,
gemachtigde: Mr A.J.H.W.M. Versteeg, advocaat te Amsterdam,

tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: Mr E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage, en J. de Wit, ambtenaar op verweerders departement.

1. Het verloop van de procedure

Bij beschikking van 23 juli 1991, kenmerk HDTP/0/84314.JZ, heeft verweerder op grond van artikel 17, zevende lid, onder b, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: de WTV) geweigerd aan verzoekers machtiging te verlenen voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van twee radiozenders, één in de provincie Noord-Holland, locatie Wieringermeer, en één in de provincie Zuid-Holland, locatie Rotterdam.

Tegen deze beschikking hebben verzoekers bij een op 31 juli 1991 ter griffie ontvangen verzoekschrift beroep ingesteld bij het College. Daarbij hebben zij gevorderd dat het College de bestreden beschikking vernietigt en verweerder opdraagt binnen een termijn van drie maanden de gevraagde machtiging alsnog te verlenen, althans een beslissing te nemen met inachtneming van de uitspraak van het College, met veroordeling van verweerder in de door verzoekers gemaakte proceskosten.

Verweerder heeft op 16 september 1991, onder overlegging van de op de zaak betrekking hebbende stukken, een verweerschrift ingediend, strekkende tot verwerping van het beroep.

Het College heeft de zaak behandeld ter terechtzitting van 2 oktober 1991, waar partijen hun standpunt bij monde van hun gemachtigden nader hebben toegelicht.

2. De vaststaande feiten

- De machtiging die bij het bestreden besluit is geweigerd, is door verzoekers aangevraagd bij brief van 24 juli 1990;
- Blijkens de aanvraag ligt het in het voornemen van verzoekers de door hen aan te leggen en te exploiteren zenders te bestemmen voor het via de

FM-band onverkort en gelijktijdig heruitzenden (relayeren) van radioprogramma's afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen die in één der lidstaten van de Europese Gemeenschap gevestigd zijn;

- Verzoekers hebben, alvorens de onderhavige aanvraag in te dienen, aan verweerder verzocht geïnformeerd te mogen worden omtrent de zendmogelijkheden die in de verschillende provincies voorhanden zijn. Bij schrijven van 27 april 1990 heeft verweerder verzoekers een overzicht doen toekomen van de frequenties met de daarbij behorende vermogens die zijn opgenomen in het FM-plan van 1984 en waaraan nog geen definitieve bestemming is gegeven. Op dit overzicht werden 24 "restfrequenties" FM-band vermeld, waaronder: Omgeving Frequentie ERP: Rotterdam 102.7 50 Kw Wieringermeer 102.5 50 Kw. Bij het overzicht merkte verweerder op dat een aantal van deze frequenties nog nodig zal zijn om de verzorgingsgraad van de landelijke regionale omroep te verbeteren alsook voor lokale omroep om elke gemeente van een frequentie te kunnen voorzien. Welke frequenties hiervoor nodig zijn, ligt, aldus verweerder in zijn brief van 27 april 1990, op dit moment nog niet vast.

- Verweerder heeft, gelet op het bepaalde in artikel 2, vierde alinea, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 (hierna: ROZ-wet), de beslissing op de aanvraag van verzoekers aanvankelijk aangehouden teneinde de Nederlandsche Omroep-Zendermaatschappij N.V. (NOZEMA) in de gelegenheid te stellen op grond van artikel 1, tweede lid, van laatstgenoemde wet, tot de aanleg en de exploitatie van de desbetreffende inrichtingen te besluiten;

- Bij schrijven van 12 juli 1991 heeft de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal doen toekomen met als onderwerp "Toelatingsbeleid voor omroep in de ether". Deze brief luidt als volgt:

"In vervolg op de nota "Publieke omroep in Nederland" stel ik u hierbij op de hoogte van mijn voornemens inzake de nadere invulling van een toelatingsbeleid voor omroep in de ether (TK 1990-1991, 22147, nr. 2, met name de pagina's 11, 19 t/m 21 en 32 t/m 34 en beleidsvoornemens nrs. 14, 15, 23 en 24). Dit beleid zal in overleg met de Minister van Verkeer en Waterstaat gestalte gegeven worden. Nederland heeft de beschikking over een aantal omroep frequenties. Het aantal en de golflengtes zijn in internationaal verband overeengekomen in het kader van overleg binnen de Internationale Telecommunicatie Unie. Op dit moment zijn de frequenties voor het grootste deel in gebruik voor de uitzending van de programma's van de binnenlandse omroep en de Wereldomroep. De

verdeling van aan Nederland toegewezen frequenties voor omroepdoeleinden die nog niet in gebruik zijn en niet gereserveerd zijn, de restfrequenties, kan niet buiten beschouwing blijven. Daarnaast heb ik eerder te kennen gegeven dat het in het regeerakkoord neergelegde uitgangspunt van de huidige toewijzing van zendernetten aan de publieke omroep voor nadere bespreking vatbaar is, hetgeen in uw Kamer ondersteuning heeft gekregen.

Ook al komen er door technische ontwikkelingen en herverdeling wellicht op termijn nieuwe frequenties beschikbaar, dan zal dit waarschijnlijk toch niet voldoende ruimte opleveren om aan de vraag naar frequenties te voldoen. Uitgangspunt van het beleid is dan ook de aanhoudende schaarste aan etherfrequenties in de nabije toekomst. Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel commerciële omroep wordt het in beperkte mate mogelijk om naast de kabel ook via de ether commerciële radio en televisie te gaan bedrijven. Het is duidelijk dat er voor de restfrequenties en de eventueel vrijkomende frequenties diverse gegadigden zijn of zich zullen aandienen. Historisch uit andere hoofde een bekend onderwerp in het omroepbeleid. Dit keuzeproces dient, gezien de juridische randvoorwaarden, te geschieden aan de hand van objectieve criteria. Deze criteria dienen nog geformuleerd te worden. De meest simpele benadering zou kunnen zijn: uitsluitend toewijzing aan de hoogst biedende of aan de eerst komenden.

Ik vind echter dat toelating tot de schaarse omroep-etherfrequenties ook aan de hand van prioriteitstellingen beoordeeld moet worden. Daartoe is nadere beleidsontwikkeling noodzakelijk. Deze problematiek vormt onderdeel van het met u besproken onderzoek naar de juridische aspecten van toekennen van etherfrequenties aan commerciële gegadigden.

Doel hiervan is na te gaan welke criteria gehanteerd moeten worden bij een verantwoorde (her)verdeling van de frequentieruimte. Naast het in de nota genoemde tegengaan van ongewenste versnippering in het gebruik van de restfrequenties kan ook gedacht worden aan de bevordering van de pluriformiteit van het programma-aanbod en het al dan niet vragen van vergoedingen die betaald moeten worden voor het gebruik van omroepfrequenties. De resultaten van het onderzoek zullen ook uitsluitsel moeten geven hoe de toewijzingsprocedure ingericht dient te worden. Het onderzoek zal een antwoord moeten geven op de vraag hoe ook andere niet bij de publieke omroep in gebruik zijnde omroepfrequenties ordelijk over gegadigden verdeeld kunnen worden. De voorstellen zullen de toets aan het nationale en internationale recht moeten kunnen doorstaan. Anticiperend op de ontwikkeling van een verdelingsmechanisme

zullen de nog beschikbare etherfrequenties voor omroep gereserveerd dienen te blijven voor toekomstige verdeling op basis van het dan ontwikkelde frequentie-(toewijzings)beleid. Gebeurt dat niet dan bestaat het gevaar dat de beperkt beschikbare restfrequenties allemaal in gebruik genomen zullen zijn voor bijvoorbeeld het (her)uitzenden van programma's van buitenlandse (commerciële) omroepinstellingen. Het huidige systeem van toewijzing van frequenties die geschikt zijn voor radio – en televisiedistributie zou leiden tot een onevenwichtig en ondoelmatig gebruik dan niet strookt met het te ontwikkelen toewijzingsbeleid. Om dit te voorkomen heb ik met de Minister van Verkeer en Waterstaat overeenstemming bereikt voor de duur van de ontwikkeling van een verdelings- en toewijzingsmechanisme geen omroepfrequenties in gebruik te laten nemen, anders dan voor de binnenlandse publieke omroep en de Wereldomroep. Nadien kunnen dan op basis van het geformuleerde omroepfrequentiebeleid en via een toewijzingsprocedure de nog beschikbare frequenties gebruikt worden voor de uitzending van een evenwichtige mix van programmasoorten."

• Bij schrijven van omstreeks dezelfde datum heeft verweerder onder verwijzing naar hetgeen zijn ambtgenoot aan de Tweede Kamer had bericht, NOZEMA meegedeeld dat teneinde de mogelijkheden voor nieuw toekomstig beleid open te houden de restfrequenties tot nader order gereserveerd dienen te blijven, wat betekent dat NOZEMA met ingang van heden geen restfrequenties meer mag aanwenden in het kader van de uitoefening van haar voorkeursrecht als bedoeld in artikel 2, vierde lid, van de ROZ-Wet.

• Bij schrijven van 12 juli 1991 heeft NOZEMA aan verzoekers bericht wel bereid, doch gezien de gelegde blokkade op de restfrequenties, voor de duur van die blokkade niet in staat te zijn zenders ten behoeve van verzoekers aan te leggen.

• Vervolgens heeft verweerder afwijzend beslist op de door verzoekers ingediende machtigingsaanvraag.

3. Het bestreden besluit

Na een inleiding waarin goeddeels de onder punt 2. van deze uitspraak vermelde zaken zijn verwoord, houdt het bestreden besluit het volgende in: "De vraag of de verlening van de machtiging strijd oplevert met de Radio-Omroep-Zender- Wet 1935 doet zich gedurende de blokkering van de restfrequenties niet voor. Toetsing van uw machtigingsaanvraag aan de overige in artikel 17, zevende lid genoemde weigeringsgronden brengt mee dat de gevraagde machtiging geweigerd moet worden en wel omdat een doelmatig gebruik van de ether dit vordert. Het doelmatig gebruik van de ether eist dat de bovenbedoelde restfrequenties beschikbaar

blijven totdat invulling is gegeven aan het nieuw te ontwikkelen toelatingsbeleid tot de omroep in de ether, zoals door de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur aangekondigd in haar bovengenoemde brief aan de Tweede Kamer. Derhalve weiger ik op grond van artikel 17, zevende lid, onder b, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen de door u gevraagde machtiging te verlenen."

4. Het standpunt van verzoekers

I. De weigering van de Minister de gevraagde zendmachtigingen te verlenen is in strijd met de Wet op de Telecommunicatie Voorzieningen (WTV), in het bijzonder de artikelen 17 en 70 eerste lid.

II. De beschikking van de Minister is in strijd met het in het EEG-Verdrag neergelegde discriminatieverbod.

III. De beschikking van de Minister is in strijd met artikel 10 EVRM.

IV. De beschikking van de Minister is in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur genomen.

Strijd met de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen

Een beschikking op grond van artikel 17 WTV is een gebonden beschikking, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Kamerstukken TK, 1987-1988, 20369, nr. 3, blz. 20-21 en 38; editie S&J nr. 67, blz. 6061 en 75-76. Het stelsel van artikel 17 is aldus, dat een machtiging slechts mag worden geweigerd indien één van de in de leden 7 en 8 limitatief opgesomde weigeringsgronden zich voordoet. In zijn beschikking beroept de Minister zich op de weigeringsgrond van artikel 17, lid 7 sub b ("doelmatig gebruik van de ether"). Ten onrechte: de door de Minister in zijn beschikking aangevoerde weigeringsgrond kan de beschikking - om diverse redenen - niet dragen. In de eerste plaats volgt uit de tekst van de wet, dat deze weigeringsgrond zeer eng moet worden uitgelegd. Artikel 17 lid 7 sub b. stelt uitdrukkelijk als eis, dat een doelmatig gebruik van de ether de weigering vordert. Zoals blijkt uit de term "dit vordert" kan een weigering alleen bij wijze van ultimum remedium geïndiceerd zijn. Verwezen zij in dit verband naar de Memorie van Toelichting bij hoofdstuk III van de WTV (editie S&J nr. 67, blz. 60, laatste alinea). Het gebruik van de wettelijke term "dit vordert" legt op de Minister een zware bewijslast; het criterium is zwaarder dan de elders in de WTV gebruikelijke term "zich ... verzet". In het onderhavige geval is aan het criterium niet voldaan. De omstandigheid van het door de Minister in zijn beschikking aangekondigde nieuw te ontwikkelen beleid "dit vordert" niet, dat de aanvraag van appellanten wordt geweigerd.

De door de Minister in zijn beschikking aangevoerde weigeringsgrond is, in de tweede plaats, in strijd met de WTV, omdat uit de tekst en het stelsel van de WTV nadrukkelijk blijkt, dat de WTV niet door de Minister gebruikt mag worden als instrument voor het voeren van een mediabeleid. De in artikel 17, leden 7 en 8, limitatief opgesomde weigeringsgronden verwijzen niet naar mediapolitieke overwegingen. Met "doelmatig gebruik van de ether" wordt niet bedoeld een gebruik dat op grond van overwegingen van omroepbeleid wenselijk wordt geacht. Dat aan de WTV geen gronden kunnen worden ontleend voor het voeren van een mediabeleid, blijkt nog eens uitdrukkelijk uit artikel 70, eerste lid WTV dat bepaalt: "Bij de toepassing van deze wet wordt niet getreden in de onderwerpen geregeld bij of krachtens de Mediawet." Door zijn - op de WTV gebaseerde - weigering de gevraagde zendmachtigingen te verlenen onder verwijzing naar omroeppolitieke overwegingen doet de Minister precies wat in artikel 70, eerste lid, verboden is. Immers, de door appellanten voorgenomen activiteiten (het uitzenden van buitenlandse omroepprogramma's) voldoen geheel aan het bepaalde in artikel 167 A van de Mediawet. Op grond van deze bepaling, die pas zeer onlangs (op 25 januari 1991) in werking is getreden, staat heb de beheerder van een omroepzender vrij zelf te beslissen welke buitenlandse programma's hij zal uitzenden, mits met inachtneming van het bepaalde in artikel 66 van de Mediawet. Artikel 167 A van de Mediawet laat aan de zenderbeheerder een zelfde vrijheid te beslissen over de doorgifte van buitenlandse programma's als de kabelbeheerder. Dit berust op een welbewuste keuze van de wetgever, hetgeen blijkt uit het feit dat het wetsartikel - zij het in gewijzigde redactie - in het eind mei 1991 door de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangevoerde wetsvoorstel Commerciële Omroep (Kamerstuk 21554) is bevestigd. Zie met name de toelichting bij de Vierde Nota van Wijziging d.d. 15 april 1991 (Kamerstukken TK, 1990-1991, 21554 nr. 18, blz. 5). De door de Minister gehanteerde weigeringsgrond is, in de derde plaats, in strijd met de wet, omdat de "doelmatigheid" waarop de Minister zich beroept, zich in het geheel niet verzet tegen het verlenen van een tijdelijke zendmachtiging in afwachting van de ontwikkeling van het door de Minister aangekondigde nieuwe toelatingsbeleid. Door het thans verlenen van de gevraagde zendmachtigingen gaan voor de toekomst geen frequenties "verloren".

Appellanten kunnen zich, tenslotte, niet voorstellen dat een "doelmatig gebruik van de ether" zou vorderen, dat het gebruik van de door appellanten te gebruiken frequenties gedurende nog tenminste drie jaren braak zouden moeten blijven liggen.

Immers, het door de minister in het vooruitzicht gestelde beleid dient nog "ontwikkeld" te worden, hetgeen niet alleen een (in de praktijk: langdurige) termijn van beleidsvoorbereiding zal vergen, maar ook een (wederom: langdurig) proces van wetswijziging. Deze wetswijziging betreft in het bijzonder een geheel nieuw te ontwerpen artikel 167 A Mediawet. Daarenboven dient nog rekening te worden gehouden met de tijd die het bouwen van de door appellanten aan te leggen omroepzenders zal vergen.

Discriminatie. De weigering van de Minister is voorts in strijd met het verbod op discriminatie naar nationaliteit, zoals neergelegd in het EEG-Verdrag. Het beleid waarvan de beschikking uitdrukking is heeft tot gevolg, dat aanbieders van buitenlandse omroepprogramma's wordt verhinderd gebruik te maken van omroepzenders in Nederland ten einde deze programma's te doen heruitzenden, terwijl deze belemmering aan aanbieders van binnenlandse omroepprogramma's niet - althans niet in gelijke mate - wordt opgelegd. Blijkens de brief van de Minister van WVC aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 12 juli 1991, die als bijlage bij de beschikking van de Minister is gehecht, is deze discriminatie ook uitdrukkelijk zo bedoeld. Nadrukkelijk stelt de Minister, dat de blokkering geen betrekking heeft op het gebruik van restfrequenties "voor de binnenlandse publieke omroep" (blz. 2, laatste alinea). Elders in haar brief (blz. 2, tweede alinea) schrijft de Minister van WVC dat het beleid er toe strekt het "gevaar" te voorkomen "dat de beperkt beschikbare restfrequenties allemaal in gebruik genomen zullen zijn voor bijvoorbeeld het (her)uitzenden van programma's van buitenlandse (commerciële) omroepinstellingen.". De beschikking is derhalve manifest in strijd met het EEG-Verdrag, in het bijzonder met artikel 59 EEG. In dit verband verwijzen appellanten naar het recente arrest van het Hof van Justitie d.d. 18 juni 1991 inzake de Griekse omroep E.R.T. (zaak nummer C-260/89), dat als bijlage is bijgevoegd.

Evenals de onderhavige zaak heeft het arrest betrekking op de heruitzending van buitenlandse omroepprogramma's.

Uit het arrest blijkt nadrukkelijk, dat het de nationale overheid van een EG-Lidstaat is verboden een omroepbeleid te voeren dat er toe leidt dat de aanbieders van buitenlandse programma's bij de distributie via de ether ten achter worden gesteld bij binnenlandse" aanbieders. Met betrekking tot de heruitzending van buitenlandse programma's via draadomroepinrichtingen had het Hof van Justitie dit reeds uitgemaakt in het arrest Bond van Adverteerders- De Staat (Jur. 1988, 2085). Een beleid dat discriminerend is voor aanbieders van

buitenlandse programma's is voorts in strijd met artikel 26 van het BuPo-Verdrag, artikel 10 jo. 14 EVRM en artikel 1 van de Grondwet.

Artikel 10 EVRM. Een beleid dat het relayeren van buitenlandse programma's bemoeilijkt, is bovendien een beperking van artikel 10 EVRM. Deze bepaling beschermt de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden door te geven "ongeacht grenzen".

Bovendien gaat de weigering van de minister ten koste van de - eveneens door artikel 10 EVRM gewaarborgde - vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen. De door appellanten voorgenomen activiteiten strekken er immers bij uitstek toe buitenlandse programma's uit te zenden ten behoeve van de relatief grote groep personen in de provincie Noord-Holland die niet over een kabelaansluiting kunnen beschikken, alsmede ten behoeve van luisteraars in Noord- en Zuid-Holland die de programma's in kwestie onafhankelijk van hun eventuele kabelaansluitingen (bijvoorbeeld in hun auto of caravan) wensen te ontvangen. Verwezen zij naar de recente jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake grensoverschrijdende omroep: het arrest-Groppera (EHRM 28 maart 1990, Bijlage Mediaforum 1990/5) en het arrest - Autronic (EHRM 22 mei 1990, Bijlage Mediaforum 1990/7-8).

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De beschikking is bovendien in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder met:

- a. het beginsel van zuiverheid van oogmerk (verbod van détournement de pouvoir);
- b. het beginsel van evenredige belangenafweging (verbod van willekeur);
- c. het vertrouwensbeginsel;
- d. het beginsel van correcte bejegening en zorgvuldigheid.

ad a. Hierboven is al uiteengezet dat de minister zijn bevoegdheid op grond van de WTV gebruikt heeft om mediapolitieke doeleinden te bereiken. Voor dit doel is de bevoegdheid echter niet gegeven.

ad b. Op drie niveaus is de evenredigheid uit het oog verloren: bij de vaststelling van het beleid (de blokkering van restfrequenties), bij de toepassing van dit beleid op de Vrije Ether en bij de beoordeling of het belang van de Vrije Ether wellicht op een andere wijze kon worden ontzien.

1) Uiteraard heeft de overheid het recht zich te bezinnen op nieuwe wetgeving inzake toelating tot de omroep in de ether. Niet te begrijpen valt echter, waarom in de tussentijd alle restfrequenties geblokkeerd zouden moeten worden behalve voor de binnenlandse omroep en de Wereldomroep. Dat beleid is niet alleen discriminerend, naar beperkt het vrije verkeer van omroepprogramma's veel meer dan nodig is. Waarom niet bepaalde frequen-

ties vrijgelaten? Waarom geen voorlopige machtigingen verleend?

2) Voor de Vrije Ether leidt het beleid wel tot een heel onredelijk resultaat. Zij heeft in het verleden welbewust slechts twee frequenties aangevraagd om ook ruimte voor anderen te laten. Het door de minister van WVC gevreesde "gevaar dat de beperkt beschikbare restfrequenties allemaal in gebruik genomen zullen zijn [...]" doet zich dus niet voor. De minister heeft bovendien nagelaten enig gewicht toe te kennen aan het feit dat de aanvraag van de Vrije Ether al geruime tijd voor 12 juli 1991 - de datum waarop het nieuwe beleid bekend werd gemaakt - had moeten zijn ingewilligd. Op grond van artikel B.1.7 van het Besluit radio-elektrische inrichtingen had door de Minister binnen 3 maanden na de aanvraag (dat wil zeggen: uiterlijk 23 oktober 1990) beslist moeten zijn. Appellanten verwijzen in dit verband naar hetgeen zij terzake in hun beroepsschrift d.d. 9 april (blz. 6, onderdeel 8) hebben gesteld.

3) Zelfs al zou de Vrije Ether niet in aanmerking komen voor een permanente zendmachtiging, dan had de minister in ieder geval een tijdelijke zendmachtiging moeten geven, lopende tot het moment waarop het nieuwe beleid zal zijn vastgesteld.

Nog voordat de aanvraag d.d. 24 juli 1990 werd ingediend, heeft de Vrije Ether zich gewend tot de minister van WVC met de vraag of deze er bezwaar tegen zou hebben indien de Vrije Ether zich zou bezig houden met het relayeren van buitenlandse programma's. Bij brief van 2 maart 1990 antwoordde de minister van WVC, dat dit wat hem betreft geen probleem zou zijn. Het is onbegrijpelijk, dat het mediabeleid van de minister van WVC nu het argument is om de gevraagde zendmachtigingen te weigeren.

Ad d.

De eerste aanvraag van de Vrije Ether voor het gebruik van restfrequenties dateert van meer dan vijf jaar geleden (6 juni 1986). De minister heeft in zijn uitvoerige correspondentie met de Vrije Ether nimmer gerefereerd aan of enig voorbehoud gemaakt terzake van een nog te ontwikkelen restfrequentiebeleid. De minister heeft, integendeel, voortdurend de indruk gewekt dat het enige beletsel voor verwezenlijking van de plannen van de Vrije Ether gelegen was in de uitoefening van het voorkeursrecht door de Nozema. In zijn brief van 12 maart 1991 heeft de Minister de Vrije Ether zelfs nadrukkelijk verzocht contact op te nemen met de Nozema teneinde de Nozema de noodzakelijke gegevens te verschaffen. Ook in de namens de minister aan de Vrije Ether gerichte brief van de landsadvocaat d.d. 17 juni 1991 was van een aanstaande blokkering van restfrequenties of een nieuw te ontwikkelen beleid nog niets te bespeuren. Gezien het feit dat een compromis met de

Nozema binnen handbereik was, heeft de Vrije Ether een verzoek om toepassing van artikel 65 van de wet ARBO - naar aanleiding van deze brief - ingetrokken. Het is een onaanvaardbare wijze van optreden, dat de minister enkele dagen voor de formalisering van dat compromis zelf een blokkade opwerpt."

5. Het door verweerder gevoerde verweer

In zijn verweerschrift heeft verweerder onder meer het volgende naar voren gebracht: "Niet-toewijzing van restfrequenties Naast de Vrije Ether zijn er door vele anderen aanvragen gedaan c.q. is er belangstelling getoond voor een machtiging voor de aanleg en exploitatie van zenders. Deze aanvragen bestrijken alle nog (mogelijke) beschikbare frequenties en overlappen elkaar. Aannemelijk is dat binnenkort nog meerdere aanvragen voor het gebruik van de restfrequenties zullen worden gedaan. Waar er sprake is van een evident gebrek aan frequenties ligt het in de rede dat de toewijzing van de restfrequenties geschiedt overeenkomstig een nauwkeurig geformuleerd en tevoren bekend gemaakt beleid. Mede in licht van het gestelde in de Nota "Publieke Omroep in Nederland" is daarvoor nog nader onderzoek, (her-)bezinning en overleg met belanghebbenden en met de Tweede Kamer noodzakelijk. Gebruik van één of meer frequenties op dit moment door de Vrije Ether - al dan niet via Nozema - impliceert dat op andere aanvragen ook positief zou moeten worden beslist. Dat brengt dan mee dat in de regel zonder enige afweging van belangen wie het eerst komt in aanmerking wordt gebracht voor de restfrequenties. In de beschikking van 23 juli 1991 heeft de - Minister de machtigingsaanvraag van de Vrije Ether met een beroep op art. 17 lid 7 onder b WTV afgewezen. Dit artikel bepaalt dat een machtiging wordt geweigerd indien "een doelmatig gebruik van de ether dit vordert". Daar gaat het in deze zaak om. De grote vraag voor het gebruik van omroepfrequenties enerzijds en het gebrek aan voor omroep beschikbare frequenties anderzijds noopt tot het maken van keuzen. De omroepfrequenties zijn aan Nederland ter beschikking gesteld ten behoeve van het (publieke) omroepbestel. Door de technische verdeling blijft er "toevallig" een aantal restfrequenties over.

Technisch gezien is het volstrekt onmogelijk om aan alle aanvragen tegemoet te komen. Er zal dus een beleid moeten worden ontwikkeld waarin maatstaven voor verdeling worden vastgelegd.

Anders dan de Vrije Ether veronderstelt behoeft met het ontwikkelen van een dergelijk beleid niet een zeer lange tijd te zijn gemoed. Het is de bedoeling dat daarover nog dit jaar of begin volgend jaar een regeringsstandpunt wordt ingenomen, dat onderwerp van debat in de Tweede Kamer kan

zijn. Het gaat derhalve bij de blokkering van de restfrequenties om een in tijd beperkte maatregel die het mogelijk moet maken dat de overblijvende restfrequenties zo optimaal mogelijk kunnen worden benut. Daarnaast kan door herbenutting van al uitgegeven omroepfrequenties nieuwe ruimte ontstaan. Het valt niet in te zien dat dit uitgangspunt een redelijkheidstoetsing niet zou kunnen doorstaan. In de lijn hiervan moet worden vastgesteld dat een doelmatig gebruik van de ether vordert dat in afwachting van een duidelijk beleid hieromtrent geen restfrequenties kunnen worden vrijgegeven. Een andere oplossing is praktisch ook niet haalbaar. Er zijn meer aanvragen voor een beperkt aantal frequenties. De stelling van De Vrije Ether dat zij in ieder geval in aanmerking moet komen voor enkele van de restfrequenties ziet eraan voorbij dat anderen met evenveel recht hetzelfde kunnen zeggen. De Vrije Ether stelt evenwel dat de weigeringsgrond van art. 17 lid 7 sub b WTV zich in dit geval niet voordoet. Die stelling is onjuist. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat het gaan gebruiken van een frequentie door De Vrije Ether het toch al beperkt aantal restfrequenties nog doet verminderen; voorts is er geen goede reden waarom anderen dan niet evengoed die restfrequentie(s) in aanmerking zouden moeten komen.

In de tweede plaats kan niet worden gezegd dat de Minister de WTV gebruikt voor het voeren van het mediabeleid. Het gaat immers bij het relayeren van programma's op zichzelf om een activiteit die in overeenstemming is met de Mediawet. Daarom, doet de in art. 17 lid 7 onder d genoemde weigeringsgrond die betrekking heeft op de Mediawetbepalingen zich niet voor.

Evenmin is er derhalve sprake van het treden in een onderwerp dat wordt geregeld bij of krachtens de Mediawet.

Het gaat hier dus primair om een verdelingsprobleem. Niets in de tekst van de WTV of in de wetsgeschiedenis verzet zich ertegen dat waar er sprake is van een beperkt aantal frequenties en een veel groter aantal aanvragen (een andere belangstellende) een beleid met betrekking tot de verdeling wordt gevoerd. Waar een verdeling louter op grond van technische overwegingen niet mogelijk is, ligt aansluiting bij het te voeren beleid over de toewijzing van de restfrequenties voor de omroep voor de hand.

Het voorgaande verzet zich ook tegen het bieden van een tijdelijke oplossing. Het ligt in de bedoeling om het beleid op een zó korte termijn te doen uitkristalliseren dat het alleen al om - ook voor De Vrije Ether - financiële redenen niet mogelijk is om een zender te bouwen en/of te exploiteren.

(...)

De tijdelijke blokkering van de restfrequenties

geldt zowel ten aanzien van "binnenlandse omroep" anders dan de publieke omroep als ten aanzien van buitenlandse omroepinstellingen en uitzenders van buitenlandse programma's. Er is hier derhalve geen sprake van directe dan wel indirecte discriminatie naar nationaliteit. Bovendien kent het EEG-Verdrag twee uitzonderingen ten aanzien van het verbod van art. 59 EEG-Verdrag. In de eerste plaats bepalen artt. 66 juncto 56 dat vermeende discriminatie kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en voor gezondheidszorg. In de tweede plaats zijn de Lid-Staten volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, zolang op een bepaald gebied nog geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, bevoegd om redenen van algemeen belang maatregelen ten aanzien van alle dienstverrichtingen op hun grondgebied te nemen, mits deze zonder onderscheid van toepassing zijn op binnenlandse en buitenlandse dienstverrichters. In de recente Griekse zendexploitatiezaak bepaalde het Hof van Justitie dat maatregelen ter voorkoming van storingen ten aanzien van een beperkt aantal frequenties een rechtvaardiging in de zin van art. 56 kunnen opleveren. "Or, il ressort des observations formulées devant La Cour que la réglementation en cause avait pour unique objectif d'éviter des perturbations dues au nombre restreint de canaux disponibles. Un tel objectif ne saurait toutefois constituer une justification de cette réglementation, au sens de l'article 56 du traité, lorsque l'entreprise en question n'utilise que'un nombre restreint des canaux disponibles", zaak 260/89 ERT-AE (Griekse televisie) 18 juni 1991, nog niet gepubliceerd.

De onderhavige zaak betreft een tijdelijke beperking van de restfrequenties die beoogt een evenwichtige verdeling van restfrequenties in de nabije toekomst mogelijk te maken. Een dergelijke maatregel, voorzover deze al indirect discriminerend zou zien, kan in het licht van genoemde rechts-ouweging niet anders dan als gerechtvaardigd worden beschouwd."

6. De beoordeling van het geschil

Verweerder heeft de door verzoekers gevraagde machtiging geweigerd op grond van artikel 17, zevende lid, aanhef en onder b. van de WTV. Ingevolge deze bepaling moet een machtiging worden geweigerd indien een doelmatig gebruik van de ether dit vordert. Verweerder staat op het standpunt dat deze weigeringsgrond zich voordoet, aangezien bij verlening van de gevraagde machtiging door het gebruik van de desbetreffende zendinrichtingen een beslag zal worden gelegd op de schaarse frequenties die nog beschikbaar zijn voor radiouitzendingen in de FM-band, terwijl met betrekking tot de verdeling van die schaarste nog

geen beleid is uitgestippeld. Onbetwist is dat er voor het alléén honoreren van de aanvraag van verzoekers nog voldoende frequenties beschikbaar zijn die niet zijn benut of gereserveerd. Ter terechtzitting is echter gebleken dat behalve door verzoekers ook door een andere gegadigde die in het buitenland uitgezonden programma's wil relay-eren, een soortgelijke machtiging is aangevraagd. Volgens verweerder hebben voorts meer dan 10 personen of ondernemingen aan het ministerie van WVC laten blijken belangstelling te hebben om zich op dezelfde markt te begeven. De twee ingediende aanvragen bestrijken samen reeds alle nog onbenutte frequenties en overlappen elkaar ook nog gedeeltelijk wat betreft de gewenste frequenties. Het College overweegt dat de in artikel 17, zevende lid, onder b. van de WTV genoemde weigeringsgrond niet zo beperkt hoeft te worden opgevat dat alleen maar zou mogen worden gelet op de consequenties die het verlenen van een machtiging zou hebben in de situatie zoals die zich voordoet ten tijde van de beslissing op een voorliggende aanvraag. Aangezien een verleende machtiging ook voor de toekomst haar invloed heeft op het gebruik van de ether, kan, indien te voorzien valt dat op een na verlening van de machtiging gelegen moment een doelmatig gebruik van de ether in gedrang zou komen door het gebruik van die machtiging, daarin een grond worden gevonden de machtiging te weigeren, althans deze niet te verlenen voor onbepaalde tijd. Wanneer er meer aanvragen voor een machtiging zijn ingediend of in de nabije toekomst naar verwachting zullen worden ingediend dan ingewilligd kunnen worden binnen de grens van de beschikbare technische mogelijkheden, ontstaat een verdelingsvraagstuk. Voor de beantwoording van de vraag hoe in zulk een situatie van schaarste de toetsing aan het begrip "doelmatig gebruik van de ether" moet worden verricht geeft de WTV geen nadere aanwijzingen. Louter technische overwegingen zijn dan niet geschikt om te bepalen welke aanvraag(n) prioriteit behoort (behoren) te krijgen; de constatering dat een doelmatig gebruik van de ether zich ertegen verzet dat alle aanvragen worden ingewilligd lost het verdelingsvraagstuk niet op. Het College is van oordeel dat in de hierboven geschetste omstandigheden het tot verlenen van machtigingen bevoegde orgaan niet in strijd met (het doel van) de WTV handelt indien de rangorde tussen de verschillende aanvragers wordt bepaald met inachtneming van overwegingen die niet rechtstreeks aan de tekst van de WTV worden ontleend. Ook kan niet worden gezegd dat de verdeling van de beschikbare ruimte dan noodzakelijkerwijs dient plaats te vinden volgens het principe "wie het eerst komt, die het eerst maalt". Een beleid waarbij de verschillende aanvragen worden gewogen - gelet op de belangen

van iedere individuele aanvrager, de omvang van de doelgroep die de aanvrager met de uitzendingen wil bereiken en het gewicht dat de behoeften van de doelgroep in de schaal leggen, afgewogen tegen de behoefte waarin met een inwilliging van andere (al dan niet potentiële) aanvragen zou worden voorzien - kan evenzeer verenigbaar worden geacht met de WTV. Een zodanige afweging is, indien deze wordt opgelegd door de schaarste op het technische vlak, niet ongeoorloofd te achten wegens het in artikel 70, eerste lid, van de WTV neergelegde verbod om bij de toepassing van deze wet te treden in de onderwerpen, geregeld bij of krachtens de Mediawet. De Mediawet of de daarop gebaseerde voorschriften houden geen regeling in die in het hiervoor bedoelde verdelingsvraagstuk voorziet. Voorts kan bezwaarlijk worden aangenomen dat artikel 70, eerste lid, van de WTV zou beogen uit te sluiten dat in een situatie zoals die zich thans voordoet, bij de verdeling van de schaarste een belangenafweging wordt verricht waarin mede het gebruik van de ether ten behoeve van de aan de Mediawet onderworpen uitzendingen wordt betrokken. Nu heeft verweerder de in geding zijnde machtiging geweigerd omdat hij van mening is dat een doelmatig gebruik van de ether vordert dat geen machtiging wordt verleend voordat een beleid is ontwikkeld met betrekking tot het verdelingsvraagstuk. Het College overweegt daaromtrent dat verweerder er niet ten onrechte aan hecht dat aanvragen als de onderhavige kunnen worden beoordeeld binnen het raam van een uitgezet beleid. De keerzijde hiervan is echter dat op verweerder dan de verplichting rust gerede spoed te betrachten bij het ontwikkelen van een beleid. Het College is van oordeel dat te billijken valt dat verweerder ten tijde van het bestreden besluit hiermee nog niet gereed was. De situatie dat het aantal voor nieuwe toewijzing beschikbare frequenties tekort schiet om machtigingsaanvragen te kunnen inwilligen zonder te behoeven te treden in een afweging met het oog op de concurrente belangen van andere (potentiële) aanvragers is betrekkelijk kort vóór het bestreden besluit ontstaan. De problematiek die daardoor is opgeroepen is voorts niet in een handomdraai op te lossen. Het College volgt verzoekers niet in hun betoog voorzover zij zich op het standpunt stellen dat gezien de informatie die zij met verweerder hadden ontvangen omtrent de beschikbare frequenties en gelet op het tijdstip van indiening van hun machtigingsaanvraag, hun aanvraag afzonderlijk had moeten worden beoordeeld, los van het eerst nadien actueel geworden schaarsteprobleem. Verzoekers hebben geen zodanige toezegging van verweerder ontvangen dat zij er op mochten rekenen dat, in afwijking van het beginsel dat - behoudens een andersluidende wetsbepaling, waarvan hier echter

geen sprake is - bij de beoordeling van een aanvraag het bestuursorgaan toetst of ten tijde van de beslissing op de aanvraag aan de voorwaarden voor inwilliging wordt voldaan, hun aanvraag zou worden beoordeeld op basis van de stand van zaken ten tijde van indiening van de aanvraag. Aan verweerder kan ook niet worden verweten dat hij de beslissing op de aanvraag van verzoekers onnodig lang heeft aangehouden, want verweerder was ingevolge artikel 2 van de ROZ-Wet niet gerechtigd de machtiging te verlenen zolang nog niet gebleken was dat NOZEMA niet zou besluiten de onderhavige zenders ten behoeve van verzoekers aan te leggen en te exploiteren. Naar het oordeel van het College kan ook het beroep dat verzoekers hebben gedaan op het verbod op discriminatie naar nationaliteit, zoals neergelegd in het EEG-verdrag, en op artikel 10 van het EVRM, niet leiden tot het oordeel (lat hun aanvraag onafhankelijk van het te ontwikkelen beleid prioriteit diende te krijgen boven andere reeds ingediende of nog te verwachten aanvragen. Uit genoemde verdragen kan immers niet volgen dat verzoekers een sterker recht zouden hebben dan wie ook maar die een soortgelijke aanvraag had ingediend of zou indienen. Voorzover verzoekers hebben gesteld dat van discriminatie naar nationaliteit sprake is voorzover de (voorlopige) blokkade op de toewijzing van frequenties niet geldt voor de aanleg van zendinrichtingen ten behoeve van de binnenlandse omroep zien zij er aan voorbij dat voor die uitzendingen een ander wettelijk regime geldt. Anders dan voor het relayeren van in het buitenland uitgezonden programma's, is voor het doen uitzenden van programma's in het kader van binnenlandse omroep een toewijzing van zendtijd vereist; ingevolge artikel 2 van de ROZ-Wet is NOZEMA met uitsluiting van ieder ander belast met de aanleg en de exploitatie van de daartoe vereiste zendinrichtingen; voor die aanleg en exploitatie heeft NOZEMA blijkens hetzelfde artikel geen machtiging ingevolge artikel 17, eerste lid, van de WTV nodig en anders dan voor verzoekers geldt ten opzichte van buitenlandse omroepinstellingen, rust op NOZEMA de verplichting de programma's uit te zenden die haar worden aangeboden door instellingen die zendtijd hebben gekregen.

Gelet op het vorenstaande onderscheidt de positie van NOZEMA zich zo zeer van de positie van verzoekers dat uit de omstandigheid dat aan NOZEMA geen verhindering is opgelegd om restfrequenties te gebruiken in het kader van de voldoening aan haar wettelijke verplichtingen, niet kan worden geconcludeerd dat sprake zou zijn van discriminatie. Uit het bestreden besluit en de overige gedingsstukken kan niet a priori worden afgeleid dat verweerder zich voorstelt met betrekking tot het verlenen van machtigingen op grond van

artikel 17, eerste lid, van de WTV een beleid te ontwikkelen waarbij aanvragers die beogen in het buitenland uitgezonden programma's te relayeren zullen worden achtergesteld bij aanvragers die zich richten op binnenlandse dienstverlening. Uit het bestreden besluit en met name uit de brief van verweerders ambtgenoot aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 12 juli 1991 waarnaar dit besluit verwijst, blijkt wel dat de weigering van de door verzoekers gevraagde machtiging mede is ingegeven door de wens frequenties vrij te houden met het oog op een mogelijk te ontwikkelen toelatingsbeleid tot de ether dat de huidige wettelijke kaders te buiten gaat. Dit laatste is het geval bij de opties van binnenlandse commerciële omroep en het verlangen van vergoedingen voor het gebruik van etherfrequenties.

Het College is van oordeel dat ofschoon kan worden aanvaard dat gedurende een tijd die een bestuursorgaan redelijkerwijs nodig heeft om een beleid te ontwikkelen, aanvragen worden aangehouden of bij gebreke van een aanhoudingsbevoegdheid worden geweigerd, een vooruitschuiven van beslissingen op grond van overwegingen die buiten de taakuitoefening van het tot beslissing geroepen bestuursorgaan vallen, wordende die taak bepaald door de geldende wettelijke voorschriften, onrechtmatig moet worden geacht. Het is aan verweerder als bestuursorgaan om toepassing te geven aan artikel 17 van de WTV en in die hoedanigheid past het hem niet zijn beslissingsbevoegdheid in dienst te stellen van een doel waarvoor de wetgever nog geen vrij baan heeft gegeven. Hieruit volgt dat verweerders besluit niet kan worden gedragen door de daaraan gegeven motivering voorzover de gehanteerde weigeringsgrond is ingegeven door een verderstrekkende overweging dan de noodzaak een beleid te ontwikkelen voor de verdeling van de ruimte in de ether ten behoeve van aanvragers wier plannen uitvoerbaar zijn binnen de huidige wetgeving. De noodzaak om terzake van de toepassing van genoemd artikel een beleid te ontwikkelen levert overigens slechts tijdelijk, namelijk gedurende de tijd die hiervoor redelijkerwijs noodzakelijk moet worden geacht, een weigeringsgrond op als bedoeld in artikel 17, 7 lid onder b, van de WTV. Kennelijk ingegeven door een verderstrekkende overweging dan de noodzaak binnen de huidige wetgeving een beleid te ontwikkelen voor de verdeling van de ruimte in de ether, heeft verweerder in het bestreden besluit niet aangegeven binnen welke termijn hij tot de vaststelling van een beleid inzake de frequentieverdeling wenst te komen. Hij heeft in het besluit ook niet vermeld, dat alsdan, op basis van dat beleid, in definitieve zin op verzoekers' aanvraag zal worden beslist. Zulks had, aangezien het oordeel dat zich een weigeringsgrond in meerbedeelde

zin voordoet zoals hiervoor is overwogen niet anders dan een voorlopig karakter kan hebben, wel op de weg van verweerder gelegen.

Gezien het vorenstaande moet het bestreden besluit wegens strijd met het beginsel van behoorlijk bestuur dat een beschikking moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering, worden vernietigd op de grond genoemd in artikel 5, onder d. van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie. Verweerder dient in deze zaak een nieuwe beslissing te nemen met inachtneming van het in deze uitspraak overwogene. Het College ziet aanleiding daarvoor een termijn te bepalen en zal deze termijn, mede gelet op hetgeen dienaangaande door verweerder ter zitting naar voren is gebracht, stellen op 4 maanden na de verzending van deze uitspraak.

Het College acht voorts termen aanwezig verweerder, nu deze in het ongelijk is gesteld, te verwijzen in de kosten die verzoekers in verband met dit geding hebben gemaakt, welke kosten worden bepaald op f 2.400,- wegens salaris van hun gemachtigde.

Ingevolge artikel 56, zesde lid, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie dient tenslotte te worden bepaald dat verweerder aan verzoekers het door hen gestorte recht moet vergoeden.

7. De beslissing

Het College:

- Vernietigt het besluit van verweerder van 23 juli 1991, kenmerk HDTP/ 0/84314.JZ;
- Bepaalt dat verweerder binnen-zes maanden na verzending van deze uitspraak een nieuwe beslissing moet nemen met inachtneming van het in de uitspraak overwogene;
- Veroordeelt verweerder tot vergoeding van de door verzoekers gemaakte proceskosten ad f 2.550,- waarvan f 2.400,- aan salaris van de gemachtigde en f 150,- aan griffierecht.

Aldus gewezen door Mr B.P. Kiewiet, Mr C.M. Wolters en Mr P. Lourens, in aanwezigheid van Mr A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 6 november 1991.

2. College van Beroep voor het Bedrijfsleven, no. 90/3076/090/195 18 december 1991

Uitspraak in de zaak van:

Millicom Teleservices B.V., gevestigd te Rotterdam, verzoekster, gemachtigden: mr. E.J. Dommering en mr. M.J. Geus, beiden advocaat te 's-Gravenhage, tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: mr. L.A.D. Keus, advocaat te 's-Gravenhage en mr. E. Zinner, ambtenaar ten departemente.

1. Het verloop van de procedure

Bij beschikking van 30 juli 1990, met het kenmerk HDTP/H/32.454 heeft verweerder afwijzend beslist op de aanvraag van verzoekster voor een machtiging als bedoeld in artikel 17 van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (hierna: de WTV), ten behoeve van de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van ± 110 radio-elektrische zendinrichtingen.

Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van het College op 28 augustus 1990 en aangevuld bij schrijven van 4 januari 1991, heeft verzoekster tegen deze beslissing beroep ingesteld bij het College. Zij heeft daarbij gevorderd dat het College de bestreden beslissing vernietigt onder bepaling dat aan verzoekster de gevraagde machtigingen worden verstrekt, alsmede dat verweerder wordt veroordeeld tot vergoeding van de door verzoekster geleden schade en voorts wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure.

Verweerder heeft op 20 maart 1991 onder toezending van de op de zaak betrekking hebbende stukken een verweerschrift ingediend en daarbij geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is behandeld ter terechtzitting van het College van 6 november 1991 waar partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunten nader hebben uiteengezet.

2. De grondslag van het geschil

Het geschil vindt zijn grondslag in de volgende voorschriften en ten processe vaststaande feiten en omstandigheden.

Het wettelijk kader

Artikel 3 van de WTV bepaalt, voor zover hier van belang:

"1. Ter bevordering van een doelmatige verzorging van telecommunicatie in het algemeen maatschappelijk en economisch belang wordt aan een bij wet aan te wijzen rechtspersoon met uitsluiting van anderen concessie verleend voor de aanleg, de instandhouding en de exploitatie van de communicatie infrastructuur.

4. Het is anderen dan de houder van de concessie slechts toegestaan telecommunicatie-inrichtingen van bijzondere aard of beperkte omvang aan te leggen, in stand te houden, aanwezig te hebben, te gebruiken of te doen gebruiken en te exploiteren of te doen exploiteren met inachtneming van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk III."

Artikel 4, eerste lid, van de WTV luidt voor zover hier van belang als volgt:

"1. De houder van de concessie is in het belang van het algemeen maatschappelijk en economisch verkeer verplicht bij algemene maatregel van bestuur te omschrijven diensten welke betrekking hebben op het directe transport van gegevens van en naar aansluitpunten, te verzorgen en een ieder tegen vergoeding het gebruik daarvan ter beschikking te stellen."

Deze bepaling is nader uitgewerkt in het Besluit opgedragen telecommunicatie-diensten (Stbl. 1988, nr.551), waarvan de volgende artikelen in deze zaak een rol spelen.

Artikel 1

"De krachtens artikel 4, eerste lid, van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen aan de houder van de concessie opgedragen diensten zijn de hierna omschreven telefoondienst, telexdienst en datatransportdienst."

Artikel 5

"Onder de datatransportdienst wordt verstaan de dienst met betrekking tot het directe transport van gegevens van en naar aansluitpunten op de telecommunicatie-infrastructuur waarbij de gebruiker via zijn aansluitpunt het aansluitpunt van bestemming kan kiezen."

Artikel 6

"Tot de datatransportdienst wordt niet gerekend de in artikel 5 bedoelde dienst met en tussen mobiele gebruikers." Hoofdstuk III heeft betrekking op telecommunicatie-inrichtingen van bijzondere aard en beperkte omvang als bedoeld in artikel 3, vierde lid.

Van dit hoofdstuk zijn de volgende bepalingen van belang voor de beoordeling van het geschil.

Artikel 14

"1. Het is degene die krachtens de paragrafen 2 en 4 van dit hoofdstuk is gerechtigd een telecommunicatie-inrichting aan te leggen, in stand te houden of te gebruiken verboden om die inrichting te gebruiken of te doen gebruiken om voor derden:

- a. diensten, omschreven krachtens artikel 4, eerste lid, te verzorgen;
- b. het directe transport van gegevens te verzorgen;
- c. andere vormen van telecommunicatie te verzorgen dan bedoeld onder a en b anders dan door middel van de telecommunicatie-infrastructuur.

2. Onze Minister kan ten aanzien van een telecommunicatie-inrichting als bedoeld in artikel 17, waarop artikel 18 niet van toepassing is, van het verbod in het eerste lid ontheffing verlenen voor telecommunicatie tussen gebruikers van een bepaalde bij die ontheffing aan te geven categorie, indien de houder van de concessie niet bereid is of niet in staat is binnen redelijke termijn en tegen

redelijke voorwaarden het gebruik van een gelijkwaardige voorziening ter beschikking te stellen.

3.

4....."

alsmede

Artikel 17

"1. Het is anders dan krachtens de concessie verboden radio-elektrische zendingen aan te leggen, aanwezig te hebben of te gebruiken tenzij met machtiging van Onze Minister.

...

7. Een machtiging wordt geweigerd indien:

- a. verlening daarvan in strijd zou zijn met de krachtens het vierde lid gestelde regels;
- b. een doelmatig gebruik van de ether dit vordert;
- c. een doelmatige verzorging van de telecommunicatie in het algemeen maatschappelijk en economisch belang dit vordert;
- d. deze is gevraagd voor het verspreiden van programma's en de verlening in strijd zou zijn met de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 of daarvoor geen zendtijd is verkregen of geen toestemming is verleend krachtens de Mediawet."

Tenslotte speelt in dit geschil een rol artikel 90 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna: het EEG-Verdrag), welk artikel als volgt luidt:

Artikel 90

"1. De Lid-Staten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die, bedoeld in de artikelen 7 en 85 tot en niet 94.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de Lid-Staten."

De feiten

- Tot heden functioneert in Nederland slechts één mobiele datatransportdienst: de semafoondienst van PTT Telecom.
- Verzoekster heeft in 1988 het voornemen opgevat voor Nederland deel te nemen in het Euromessage-paging systeem.
- Aanvankelijk heeft verzoekster getracht voor de

verwezenlijking van haar plan de medewerking van PTT Telecom te verkrijgen, maar de desbetreffende contacten leverden geen resultaat op.

• Op 5 juli 1989 heeft verzoekster aan verweerder toestemming gevraagd voor het gebruik van de 466.075 MHz frequentie ten behoeve van het door haar op te zetten paging-systeem.

• Bij beschikking van 29 augustus 1989 is namens verweerder op dit verzoek afwijzend beslist.

• Hiertegen is door verzoekster beroep ingesteld bij het College. Het desbetreffend verzoekschrift is door verweerder als bezwaarschrift in behandeling genomen, welk bezwaar bij beschikking van 23 maart 1990 ongegrond is verklaard. Tegen laatstvermelde beschikking heeft verzoekster wederom beroep ingesteld, welk beroep onder nr. 90/2069/090/195 door het College in behandeling is genomen.

• Op 23 maart 1990 heeft verzoekster bij verweerder een aanvraag ingediend voor een machtiging als bedoeld in artikel 17, zevende lid van de WTV ten behoeve van de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van ± 110 radio-elektrische zendingrichtingen. Bij de bestreden beschikking is op dit verzoek afwijzend beslist.

3. De bestreden beschikking

Bij de bestreden beschikking heeft verweerder, voor zover hier van belang, het volgende overwogen.

"De dienstverlening die u met behulp van de combinatie van ± 110 zendingrichtingen wil aanbieden kan als volgt worden omschreven:

1. Een basis-oproepdienst waarbij de oproeper, waar hij zich ter wereld ook bevindt, via een telefoonverbinding contact zoekt met de oproepcentrale. De oproeper betaalt het normale PTT-telefoontarief. De oproepcentrale neemt het bericht op en geeft het via het wide-area pagingsysteem door aan de geadresseerde. Deze beschikt over een pager waarop het bericht verschijnt dat voor hem is bestemd. Verder heeft de basis-oproepdienst de volgende kenmerken:

• de maximale hoeveelheid informatie die bij alfanumerieke paging per oproep naar de aangeslotenen kan worden verstuurd is 400 karakters voor abonnees binnen het dekkingsgebied in Nederland en 80 karakters voor abonnees binnen het dekkingsgebied buiten Nederland.

• de transmissiesnelheid van het paging-systeem naar de abonnee is 1200 baud.

2. Een additionele informatievoorziening bij de basisoproepdienst, al naar gelang de wensen van de aangeslotenen. Aan een bericht kunnen bijvoorbeeld financiële informatie, nieuws, weersvoorspellingen, sportuitslagen, filemeldingen, etc. worden toegevoegd.

3. De mogelijkheid om de door de oproeper inge-

sproken berichten op te slaan in een voice-mail-systeem zodat de geadresseerde het ingesproken bericht later kan afluisteren.

4. De mogelijkheid om via andere onderdelen van de telecommunicatie-infrastructuur dan het telefoonnet, te weten via huurlijnen of via Datanet1, toegang tot het Euromessage-systeem te krijgen.

5. De mogelijkheid om bepaalde oproepen automatisch opnieuw te zenden (herinneringsoproepen).

6. De mogelijkheid om de inhoud van berichten niet alleen via het widearea paging systeem te verzenden, maar bovendien per fax naar een opgegeven faxnummer.

7. De mogelijkheid om bij calamiteiten [sic] automatisch een serie vooraf vastgestelde activiteiten te verrichten.

8. De mogelijkheid om de volgorde van ontvangen berichten te wijzigen voor verzending via het widearea paging systeem.

9. De mogelijkheid tot het voor de abonnee produceren van een overzicht van oproepen met gegevens als datum, tijdstip, afzender, kosten, omvang bericht, e.d..

10. De mogelijkheid om op vooraf vastgestelde tijdstippen bepaalde oproepen te verzenden (wekcentrale).

11. De mogelijkheid om oproepen door te geleiden naar een ander adres dan dat van de opgeroepene.

12. De mogelijkheid om de identiteit van de oproeper weer te geven nog voordat de oproep wordt beantwoord.

13. De mogelijkheid om op afstand meldingen te doen of te ontvangen (telesecurity, telemetrie, telechecking).

14. De mogelijkheid om oproepen tegelijkertijd te verzenden aan een groep abonnees. De samenstelling van de groep kan worden gewijzigd."

Het voorgenomen gebruik leidt tot strijd met artikel 14, lid 1, WTV.

"De aan de houder van de concessie krachtens artikel 4, lid 1, WTV opgedragen diensten zijn de in het "Besluit opgedragen telecommunicatiediensten" (Stb. 1988, nr. 551) omschreven telefoondienst, telexdienst, datatransportdienst en telegraafdienst.

De Nota van toelichting op het genoemde Besluit noemt als voorbeeld van een (mobiele) datatransportdienst de semafoondienst. De semafoondienst behoort derhalve tot de aan de houder van de concessie opgedragen diensten."

"De basis-oproepdienst, die een onmisbaar en ook als zelfstandige prestatie af te nemen onderdeel van het voorgenomen dienstenpakket vormt, zal, ook op zichzelf genomen, een toetsing aan artikel 14, eerste lid, WTV moeten kunnen doorstaan. Naar mijn oordeel behoort de voorgenomen basisoproepdienst echter tot de diensten, die niet met

een gemachtigde inrichting voor derden mogen worden verzorgd. De basis-oproepdienst zoals in onderdeel 2.2. onder 1) omschreven, onderscheidt zich niet wezenlijk van de krachtens artikel 4, lid 1, WTV omschreven diensten - met name de aan de houder van de concessie opgedragen semafoon-dienst - en/of van het directe transport van gegevens. Een groter geografisch bereik van de voorgenomen basisoproepdienst in vergelijking met de aan de houder van de concessie opgedragen (en door deze als "SMF-3" uitgevoerde) semafoon-dienst, verleent die basisoproepdienst, wat overigens van dat geografische bereik zij, ... geen "meerwaarde" die haar aan het verbod van artikel 14, eerste lid, onttrekt. Een groter geografisch bereik verandert de telecommunicatiefunctie van de voorgenomen dienst niet en betreft slechts een aspect van het directe transport van gegevens, als bedoeld in artikel 14, eerste lid, aanhef en onder b). Hetzelfde geldt voor de (overigens slechts geringe) verschillen in capaciteit en transmissiesnelheid tussen de voorgenomen dienst en de semafoon-dienst van de houder van de concessie.

...

Ook die verschillen in capaciteit en transmissiesnelheid belichamen niet een andere telecommunicatie-functie en betreffen slechts bepaalde aspecten van het directe transport van gegevens. Afgezien van het voorgaande moet worden geconstateerd, dat verschillende van onder 2) t/m 14) genoemde mogelijkheden althans mede onderdeel van de dienstverlening bij direct transport van gegevens vormen en dat zij, bij een gecombineerde toepassing met de basisoproepdienst, die dienst in zoverre geen relevante "meerwaarde" kunnen verschaffen. Daarbij moet overigens worden bedacht, dat ook de toevoeging van mogelijkheden die andere functies dan het directe transport van gegevens betreffen niet altijd voldoende is om een dienst aan het verbod van artikel 14, eerste lid, te onttrekken. Die toevoeging zal met name dan onvoldoende zijn, als het accent niet in hoofdzaak op die mogelijkheden komt te rusten. Het aandeel van de basisoproepdienst is in de voorgenomen dienstverlening zo overwegend, dat ook na toevoeging van een of meer van de voorziene mogelijkheden het accent in het algemeen op de basis-oproepdienst zal blijven rusten.

Hiervoor werd reeds gewezen op het optionele karakter dat verschillende van de omschreven mogelijkheden zullen hebben. Een slechts optionele mogelijkheid, indien deze al een relevante "meerwaarde" vertegenwoordigt, kan uiteraard niet waarborgen dat de voorgenomen dienstverlening steeds aan artikel 14, eerste lid, is onttrokken. Overigens komt een optioneel karakter met name toe aan die mogelijkheden, die inderdaad enige relevante "meerwaarde" lijken te omvatten (de

nummers 2 t/m 4).

Ik neem bij dit alles in aanmerking dat voor het voorgenomen dienstenpakket geen ontheffing op grond van artikel 14, tweede lid, zal kunnen worden verleend. De voorgenomen openbare, wide-area radio-pagingdienst voorziet niet in telecommunicatie binnen een beperkte (en naar beroep of bedrijf afgebakende) categorie van gebruikers, is niet strikt noodzakelijk om een zodanige categorie van gebruikers aan haar directe maatschappelijke bestemming te laten beantwoorden, kan (zoals hierna nog zal worden besproken) niet worden toegestaan zonder een onevenredig nadeel voor de houder van de concessie teweeg te brengen en heeft tenslotte - althans wat betreft de kern van het voorgenomen dienstenpakket, te weten de basisoproepdienst - als alternatief een door de houder van de concessie geboden, gelijkwaardige voorziening (de openbare semafoon-dienst).

Waar in het gegeven geval de mogelijkheid van ontheffing ontbreekt, moet ervan worden uitgegaan dat bij verlening van een machtiging het door U voorgenomen gebruik daarvan onvermijdelijk tot overtreding van artikel 14, lid 1, WTV zou leiden. Een doelmatige verzorging van de telecommunicatie in het algemeen maatschappelijk en economisch belang vordert dat een dergelijke overtreding met toepassing van artikel 17, zevende lid, aanhef en onder c, WTV wordt voorkomen." De aanvraag van verzoekster kan naar het oordeel van verweerder bovendien niet worden ingewilligd omdat verstrekking van de door haar gevraagde machtiging leidt tot afroming en parallellisatie van de telecommunicatie-infrastructuur, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 3 van de WTV. In dit artikel wordt aan de houder van de concessie een in beginsel exclusieve concessie op de telecommunicatie-infrastructuur verleend.

Anderen dan de houder van de concessie is het op grond van het vierde lid van dit artikel slechts toegestaan telecommunicatie-inrichtingen van bijzondere aard of beperkte omvang aan te leggen. Verzoeksters aanvraag heeft niet betrekking op een inrichting als bedoeld, maar op een combinatie van ± 110 radio-elektrische zendinrichtingen die, verbonden door vaste huurlijnen, een stelsel van inrichtingen (een "netwerk") zullen gaan vormen en in een samenhangende structuur zullen gaan samenwerken. Aldus wordt een parallel te beoogd dat een daadwerkelijke bedreiging voor een bedrijfseconomisch rendabele exploitatie van de aan de houder van de concessie opgedragen semafoon-dienst zou vormen.

Tenslotte legt de door verzoekster geplande combinatie van ± 110 radio-elektrische zendinrichtingen, die op 466.075 MHz zou moeten gaan werken een onnodig beslag op de ether.

Onder die omstandigheden vordert ook een doel-

matig gebruik van de ether dat de gevraagde machting wordt geweigerd.

4. De grieven van verzoekster

Ter ondersteuning van het beroep heeft verzoekster grieven doen voordragen welke als volgt kunnen worden samengevat en gerangschikt.

Verzoekster heeft in de eerste plaats de juistheid bestreden van de door verweerder gegeven omschrijving van de door haar aan te bieden diensten en daartoe het volgende naar voren gebracht:

- "De omschrijving van de oproepdienst onder 1 op pagina 3 en onder 3.2.2. op pag. 6 van de beschikking is te beperkt. Zo wordt daarbij niet vermeld dat Millicom-paging een betere dekking biedt binnen stedelijke agglomeraties en binnen gebouwen door het gebouw van de UHF-band. Verschillen met de PTT-semafoondienst zijn voorts het geografisch bereik (alle aangesloten Euromessage-landen), de transmissiesnelheid (1200 baud i.p.v. 512 baud) en het tariefsysteem (anders dan bij de PTT-semafoondienst betaalt de abonnee de oproepkosten in plaats van de oproepers). Het systeem van tarifiering bij de Millicom - dienstverlening (oproepkosten voor de abonnee) is technisch niet mogelijk in het kader van de PTT-semafoondienst.

- De beschikking miskent het telematische karakter van de dienstverlening. Ten onrechte wordt daarnaast geheel niet verwezen naar de meerwaarde die het eigen service centrum van Millicom biedt (zie hiervoor onder 4.5).

- Voorts worden een aantal aspecten van de dienstverlening genoemd onder additionele mogelijkheden, terwijl deze standaard tot de oproepdienst behoren, te weten:

- de mogelijkheid om via huurlijnen, datanet en telefax (ten onrechte niet genoemd in de beschikking) toegang tot Millicom-paging/Euromessage te krijgen (nr. 4);

- de mogelijkheid om de volgorde van ontvangen berichten te wijzigen voor verzending via het wide-area paging systeem (nr. 8);

- de mogelijkheid om oproepen door te geleiden naar een ander adres dan dat van de opgeroepene (nr. 11);

- de mogelijkheid om de identiteit van de oproeper weer te geven nog voordat de oproep wordt beantwoord. Het betreft hier steeds aspecten van de Millicomdienstverlening die de PTT-semafoondienst niet biedt.

- Voorts miskent de beschikking in onder meer onderdeel 3.2.2. van de beschikking dat de klant weliswaar niet verplicht is de overige mogelijkheden die Millicom-paging biedt af te nemen, maar dat deze wel standaard tot de door Millicom aangeboden dienstverlening behoren.

- Ook miskent de beschikking dat Millicom-paging

zich met name zal richten op alfanumerieke berichten (zie beschikking 3.2.2. en pag. 12).

Verder miskent de beschikking volledig de inverdieneffecten voor de PTT in verband met de introductie van Millicom-paging/Euromessage in Nederland in de vorm van:

- oproepen die via het PTT-net binnenkomen;
- het feit dat de opgeroepene bij zijn reactie eveneens van het PTT-net gebruik zal maken.

- Ook overigens zijn de veronderstellingen op pagina 12 van de beschikking onjuist. Zo zal Millicom wel degelijk een landelijke dienstverlening opzetten met in het gehele land gelijke tarieven."

Vervolgens heeft verzoekster met betrekking tot de door verweerder veronderstelde strijd van de door haar voorgenomen dienstverlening met artikel 14, eerste lid WTV in samenhang met artikel 4, eerste lid van de WTV en het Besluit opgedragen telecommunicatiediensten (hierna: BOT) in haar verzoekschrift en ter zitting onder meer gesteld dat de semafoondienst van PTT Telecom ten onrechte is aangewezen als een opgedragen dienst:

"Het bestempelen van de semafoondienst van de PTT tot basisdienst is in strijd met artikel 4 lid 1 WTV. Immers dienen de uit hoofde van artikel 4 lid 1 WTV opgedragen diensten het karakter te hebben van een algemene nutsvoorziening. Het moet gaan om diensten die voor de verzorging van het algemeen maatschappelijk en economisch verkeer van essentieel belang zijn (Memorie van Toelichting pag. 8 en 16). De PTTsemafoondienst met zijn beperkte bereik kan onmogelijk tot een dergelijke algemene nutsvoorziening worden beschouwd, althans geldt dit in ieder geval voor wat betreft de alfanumerieke semafoondienst die pas sedert eind 1988 wordt aangeboden en die slechts 1% van de totale, toch al beperkte, semafoonmarkt uitmaakt.

Het feit dat de toelichting op art. 6 van het Besluit Opgedragen Diensten de door de PTT aangeboden semafonie noemt is niet doorslaggevend."

en verder:

"De Wet verbiedt de levering van opgedragen diensten door derden door middel van huurlijnen en gemachtigde inrichtingen. Dit betekent dat er op opgedragen diensten een monopolie rust. Het is zaak de overwegingen die leiden tot de instellingen van een nutsdienst te onderscheiden van een monopoliedienst."

...

"De AMVB-regeling heeft deze overwegingen niet goed onderscheiden. Lang niet alle diensten die in het Besluit Opgedragen Diensten (BOT) worden genoemd, zijn nutsdiensten. Het BOT heeft alle diensten die de "oude" PTT onder T&T-wet in zijn pakket had, overgeheveld naar het BOT. De door art. 4 WTV verlangde toetsing aan het algemeen

maatschappelijk en economisch belang heeft niet plaatsgehad. Evenmin kan gezegd worden dat het verbod aan derden om opgedragen diensten te verrichten (art. 5 en 14 WTV), buiten de spraaktelefonie, een belang van noodzakelijke marktonderneming (t.w. het instellen en instandhouden van een monopolie) dient. Dat leert b.v. de onderhavige zaak.

De opgedragen dienst is dus inhoudelijk bepaald door het nutskarakter, de toegevoegde dienst is in de WTV niet gedefinieerd. Wel heeft de wetgever met het begrip "direct transport van gegevens" trachten aan te geven dat een opgedragen dienst - in tegenstelling tot de toegevoegde dienst - slechts betrekking mag hebben op het "kale" transport, maar dit onderscheid is nauwelijks hanteerbaar, omdat de opgedragen diensten veel meer doen dan alleen transporteren. Daarbij komt dat met de voortschrijding der techniek tal van toegevoegde waarde-elementen in de infrastructuur worden ingebouwd."

Verzoekster is voorts van mening dat de door haar aan te bieden dienst een zogeheten "toegevoegde waarde dienst" is, zodat zij naast de opgedragen datatransportdienst kan worden verricht.

"In de eerste plaats heeft de Minister wat dit betreft ten onrechte geoordeeld dat onderdelen van de Millicom-dienstverlening ieder afzonderlijk aan de criteria van de artt. 5 en 14 lid 1 WTV zouden moeten voldoen. Aldus miskent de Minister dat door Millicom een dienstenpakket aan klanten wordt aangeboden waaruit de cliënt naar behoefte kan putten. Aangezien van het feit dat het gaat om een totaalpakket aan aangeboden diensten geldt voorts ook voor de Millicom-dienst dat sprake is van een wezenlijk andere dienst dan de PTT-semafoondienst. Vergelijk ook hiervoor onder 4.4.: de Millicom-oproepdienst heeft een groter geografisch bereik, biedt een grotere capaciteit en transmissiesnelheid en is qua serviceverlening kwalitatief niet te vergelijken met de PTT-semafoondienst. Juist door de toepassing van telematica en hoogwaardige dienstverlening biedt de Millicom-oproepdienst meerwaarde boven de PTT-semafonie. De Millicom-oproepdienst is een geavanceerde berichtendienst (mobiele electronic mail) aantrekkelijk voor de zakelijke gebruiker die aan een eenvoudige pieper niet voldoende heeft. In strijd met de Wet op de Telecommunicatie Voorzeningen en/of onvoldoende gemotiveerd is ook de stelling in de beschikking op pag. 7 en 8 dat een groter geografisch bereik en grotere technische mogelijkheden op (ondermeer) het gebied van capaciteit en transmissiesnelheid geen relevante meerwaarde zouden vertegenwoordigen, omdat de "telecommunicatie-functie" van de betrokken dienst daardoor niet zou veranderen. Het begrip

telecommunicatie-functie komt in de tekst van de WTV niet voor en is in het kader van de WTV geen rechtsgeldig criterium, laat staan dat het een duidelijk begrip zou zijn. Waar het ten dele om gaat is dat het publiek de Millicom-dienstverlening ziet als een nieuwe dienstverlening. Het feit dat er geen markt blijkt te zijn voor de alfanumerieke PTT-semafoondienst maar wel voor de Millicom-dienstverlening geeft aan dat inderdaad sprake van een dienst met meerwaarde die reeds om die reden niet valt onder het verbod van artikel 14 lid 1, WTV. In elk geval heeft de Minister deze overwegingen ten onrechte niet in zijn beslissing d.d. 30 juli 1990 betrokken."

Ter zitting heeft verzoekster nog gewezen op de Nota van Toelichting bij het BOT, welke vermeldt: "Diensten die opslag of bewerkingsfuncties toevoegen aan de directe transportfunctie van de omschreven diensten, zgn. toegevoegde waarde diensten, vallen niet onder dit besluit. Voorbeelden van dergelijke diensten zijn interactieve videotextsystemen, stempost (voice mail), berichtendienst (electronic mail), raadpleging van gegevensbestanden (database diensten)."

Verzoekster heeft hieraan nog toegevoegd dat in artikel 14, eerste lid WTV in feite geen grond kan worden gevonden om een aanvraag voor een machtiging als bedoeld in artikel 17, eerste lid, WTV af te wijzen. De eerstgenoemde bepaling levert slechts de normen op die bij de machtigingsvoorwaarden in acht genomen kunnen worden, de weigeringsgronden staan in artikel 17, zevende lid. Aldus heeft verweerder ook gehandeld bij het verlenen aan Koning & Hartman te Amsterdam van een machtiging voor (een) zendingrichting(en) ten behoeve van het verzorgen van een tele-informatiedienst. Met verzoekster is daarentegen in het geheel niet over machtigingsvoorwaarden gesproken.

Met betrekking tot het standpunt van verweerder dat de gevraagde machtigingen voorts niet kunnen worden verleend omdat zulks strijd zou opleveren met artikel 3, eerste en vierde lid van de WTV heeft verzoekster betoogd dat de inrichtingen waarvoor machtiging gevraagd is niet geacht kunnen worden deel uit te maken van de infrastructuur maar - gezien de wijze waarop zij gebruikt zullen worden - veeleer als randapparatuur moeten worden gezien, zodat deze weigeringsgrond reeds hierom ten onrechte is gehanteerd. Ook overigens is verzoekster van mening dat wel degelijk sprake is van telecommunicatie-inrichtingen van bijzondere aard en geringe omvang als bedoeld in artikel 3, vierde lid WTV.

Gezien het vorenstaande heeft verweerder zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat verlening van

de machtigingen tot een situatie zou leiden die strijd oplevert met de WTV, zodat in artikel 17, zevende lid, onder c WTV, geen grond kan worden gevonden om die machtigingen te weigeren. Met betrekking tot dit artikellid merkt verzoekster nog op:

"Blijkens de wetsgeschiedenis is de term "vordert" niet toevallig gekozen. Er moet een dwingende reden van maatschappelijk en economisch belang zijn. Is er hier zo'n dwingend belang? In de beschikking wordt als in aanmerking komend belang de bescherming van de "nutsdienst" tegen afroming genoemd. Deze gedachtegang heeft de Minister in haar brief aan de Tweede Kamer van juli van dit jaar verlaten. Zij geeft in feite toe dat de pagingdienst in feite "oproomt" omdat zij telefoongesprekken genereert. Juist een dienst die tot meer gesprekken leidt, is bij uitstek een toegevoegde dienst. Dat die situatie twee jaar geleden anders zou zijn, is niet vol te houden. Ook op zichzelf genomen zijn de inkomsten uit de semafoonie voor PTT verwaarloosbaar. Daarbij dient te worden bedacht dat de kwestie van de zogenaamde "on-rendabele gebieden" voor radio-elektrische inrichtingen wezenlijk anders ligt dan voor het vaste net. Bij het vaste net moet iedere abonnee tegen meer graafkosten worden aangesloten, bij zenders is dat anders omdat iedere nieuwe abonnee binnen de actieradius van de zender zonder meer kosten kan worden aangesloten."

Tenslotte heeft verzoekster betoogd dat de aangevallen beslissing strijd oplevert met de artikelen 30, 59, 85, 86 en 90, eerste lid, van het EEG-verdrag. Daartoe heeft zij gewezen op de volgende, voor zover niet gepubliceerd door haar overgelegde arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (verder: het Hof):

- uitspraak d.d. 19 maart 1991 in de zaak C-202/88 (Frankrijk/Commissie);
- uitspraak d.d. 23 april 1991 in de zaak C-41/90 (Höfner);
- uitspraak d.d. 10 oktober 1991 in de zaak C-353/89 (NOB-bestedingsverplichting);
- uitspraak d.d. 26 april 1988 in de zaak 352/85, JUR 1988 p. 2085 e.v. (Bond van Adverteerders);
- alsmede op de Conclusie van de Advocaat-Generaal bij het Hof, Van Gerven, d.d. 16 oktober 1991 (voorlopige tekst) in de zaken C-48 en C66/90 (Nederland en PTT/Commissie).

Met betrekking tot artikel 90, tweede lid heeft verzoekster voorts het volgende naar voren gebracht.

De situatie, omschreven in artikel 90, tweede lid, van het EEG-Verdrag doet zich hier niet voor. Ten eerste gaat het hier niet om een maatregel van niet-economische aard. Met de exclusieve positie van

PTT op het gebied van de infrastructuur wordt gestreefd naar een rendabele exploitatie van die infrastructuur en opgedragen diensten. Het woord "rendabele" geeft aan dat hier een economische doelstelling voorop staat, althans aanwezig is. De toepassing van de bepalingen van het Verdrag verhindert niet de vervulling van de aan de PTT opgedragen taak met betrekking tot de instandhouding van de telecommunicatie-infrastructuur en het verzorgen van de opgedragen diensten. Er is geen sprake van een dwingende reden van algemeen belang die de betrokken maatregelen noodzakelijk maakt. Het gaat om het belang van de instandhouding van de door PTT verleende semafoondienst en de daarvoor gebruikte semafoonzenders. De bescherming van de door de Nationale PTT aangeboden semafoondiensten en -zenders is als zodanig niet als een dwingende reden van algemeen belang erkend door het Voorts is PTT Telecom een uiterst rendabel bedrijf. De voorgenomen pagingdienstverlening door verzoekster is niet van dien aard dat deze nadelig zou zijn voor de rentabiliteit van PTT, laat staan dat de gevolgen daarvan zodanig nadelig zouden zijn voor de rentabiliteit van PTT dat het draagvlak voor de instandhouding van de telecommunicatie-infrastructuur en de opgedragen diensten daardoor in gevaar zou komen. De inkomsten van PTT zullen eerder toenemen, omdat het pagingsysteem van verzoekster extra verkeer voor PTT genereert en zij bovendien inkomsten verwerft doordat verzoekster huurlijnen afneemt. Bovendien wordt hooguit de alfanumerieke dienstverlening van PTT minder aantrekkelijk. Deze beslaat echter een verwaarloosbaar deel van de semafoonmarkt.

Ter zitting heeft verzoekster medegedeeld dat zij zich inmiddels in verband met de overtreding door verweerder van artikel 90, eerste lid, van het EEG-Verdrag tot de Commissie heeft gewend.

5. Het verweer

Verweerder heeft na kennisneming van de grieven van verzoekster zijn standpunt dat het verlenen van de gevraagde machtigingen strijd zou opleveren met de WTV zoals neergelegd in het bestreden besluit, gehandhaafd. Met betrekking tot de stelling van verzoekster dat de WTV op de hier van belang zijnde punten strijd oplevert met het EEG-Verdrag heeft hij, voor zover hier van belang, het volgende doen opmerken:

"Overigens dient men te bedenken dat artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag op het meer beperkte gebied van ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang economisch getinte rechtvaardigingen wel degelijk toelaat. De aan de PTT opgedragen taak is hier rechtstreeks in het geding. Zonder het verbod van artikel

14, lid 1, WTV dreigt afroming van de rendabele exploitatie van de aan de PTT opgedragen diensten, ten detrimente van het economisch draagvlak van de PTT. In die situatie kan de PTT de aan haar toevertrouwde bijzondere taak niet meer (naar behoren) vervullen. Ter voorkoming van die situatie is artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag geschreven: de regels van het Verdrag -derhalve ook artikel 59blijven buiten toepassing ten aanzien van ondernemingen belast met het beheer van een algemeen economisch belang."

6. De beoordeling van het geschil

Het College zal in de eerste plaats beoordelen of verweerder zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat artikel 17, zevende lid, onder c, van de WTV een beletsel vormt voor het afgeven van de gevraagde machtigingen, aangezien zulks zou leiden tot een gebruik van de gemachtigde inrichtingen in strijd met artikel 14, eerste lid, onder a in samenhang met artikel 4, eerste lid, van de WTV. Te dien aanzien wordt als volgt overwogen.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, in samenhang met artikel 3, eerste lid, van de WTV is - bij het BOT, artikelen 1, 5 en 6 - het verrichten van onder meer mobiele datatransportdiensten (in de nota van toelichting bij het BOT nader aangeduid als de semafoondienst) bij uitsluiting opgedragen aan de concessiehouder (verder: PTT Telecom). Zou verzoekster deze opgedragen dienst verrichten, dan handelt zij daarmee in strijd met voormeld artikel 14, eerste lid, onder a. Verzoekster bestrijdt echter dat haar dienst treedt op het aan PTT Telecom opgedragen terrein, aangezien de door haar voorgenomen dienstverlening moet worden gezien als een "toegevoegde waarde dienst".

Het College deelt die opvatting niet. Niet slechts de in het bestreden besluit neergelegde omschrijving van de voorgenomen dienstverlening van verzoekster, maar evenzeer de door verzoekster zelf in haar aanvraag daaromtrent aangedragen gegevens en de in de loop van de procedure daarop gegeven toelichting hebben het College tot de overtuiging gebracht dat datgene dat verzoekster beoogt te doen in de eerste plaats de kenmerken draagt van een datatransportdienst en daarmee van een dienst als bedoeld - gelet op de daarbij behorende nota van toelichting - in artikel 6 van het BOT. Weliswaar omvat de dienstverlening mede een aantal elementen die - eveneens blijktens bedoelde toelichting alsmede de Memorie van Toelichting bij artikel 4, eerste lid van de WTV - als toegevoegde waarde dienst zouden kunnen worden aangemerkt, doch deze elementen zijn, vooral ook omdat zij merendeels geen deel uitmaken van het standaardpakket, zodat het accent blijft vallen op de sema-

foondienst niet van zodanig overwegende betekenis dat zich in wezen geen overlapping met de aan PTT Telecom opgedragen dienst zou voordoen.

De omstandigheid dat verzoekster met name belangstelling heeft voor het transporteren van alfanumerieke gegevens - tot nu toe een betrekkelijk ondergeschikt onderdeel van de dienstverlening van de door PTT Telecom geëxploiteerde semafoondienst - kan aan een en ander niet af doen.

Het College deelt evenmin de opvatting van verzoekster dat als de datatransportdienst waarop artikel 4, eerste lid, van de WTV, het oog heeft uitsluitend moet worden aangemerkt een semafoondienst die zo beperkt is opgezet als het geval was met de semafoondienst van de PTT ten tijde dat het BOT werd vastgesteld. De omstandigheid dat de toenmalige semafoondienst niet een zo ruime invulling kende als verzoekster bij de door haar voorgenomen dienst voor ogen staat, en zij met name (nog) niet ver was doorgedrongen op de volgens verzoekster zeer wijde markt van alfanumerieke paging vermag het College niet tot het oordeel te brengen dat deswege de betrokken bepalingen van het BOT toepassing zouden missen. Zowel de huidige semafoondienst van PTT Telecom als - voor een groot deel - de dienst welke verzoekster wil opzetten valt onder de noemer van datatransportdiensten, meer in het bijzonder onder de noemer van semafoondienst. Een semafoondienst is voorts te beschouwen als een dienst waarvan het bestaan in het belang van het algemene maatschappelijk en economisch verkeer noodzakelijk is te achten. Uit het vorenstaande volgt dat inwilliging van de aanvraag zou leiden tot een met de WTV strijdige situatie, zodat verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat artikel 17, zevende lid, onder c van de WTV zich tegen verlening van de gevraagde machtigingen verzet. Deze bepaling behelst namelijk naar het oordeel van het College niet slechts zoals namens verzoekster is betoogd - de voorwaarden waaronder een machtiging verleend zou kunnen worden, maar levert tevens de gronden die tot weigering van een machtiging moeten leiden.

Dat in dit geval door het stellen van voorwaarden voorkomen zou kunnen worden dat de weigeringsgrond genoemd in het zevende lid onder c zich voordoet is het College niet gebleken. Zodanige voorwaarden zouden immers blijkens het hier-vooroverwogene de meest essentiële onderdelen van de door verzoekster voorgenomen dienstverlening onmogelijk moeten maken. De aanvraag die daarmee zou worden ingewilligd zou een geheel andere zijn dan door verzoekster is gedaan. Vergelijking met de blijkens het verhandelde ter zitting aan Koning & Hartman onder voorwaarden verstrekte machtiging gaat niet op omdat, althans voor zover ter zitting is kunnen blijken, bij de door

dezen beoogde dienstverlening juist het oproep-element ontbreekt. Uit het vorenstaande volgt dat verweerder de gevraagde machtigingen op de hierboven besproken grond kon weigeren. De overige aan de WTV ontleende weigeringsgronden behoeven mitsdien geen bespreking.

Verzoekster heeft betoogd dat in dit geval sprake is van strijd van de op de zaak betreffende bepalingen met de artikelen 30, 59 en 90, eerste lid juncto artikel 86, van het EEG-Verdrag. Te dien aanzien merkt het College vooreerst op dat zodanige strijd slechts consequenties heeft voor de toepasbaarheid van de betrokken wetgeving indien zich niet de situatie voordoet die is omschreven in het tweede lid van artikel 90. Naar het oordeel van het College doet die situatie zich hier voor. PTT Telecom is een onderneming die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. De semafoondienst moet tot die diensten worden gerekend. Hieruit volgt dat PTT Telecom als exploitante van de semafoondienst slechts onder de regels van het EEG-Verdrag (met name, maar niet alleen, de mededingingsregels) valt, voor zover de toepassing daarvan de vervulling van de aan haar toevertrouwde taak niet verhindert.

In dit geval is de toevertrouwde taak de verzorging van een datatransportdienst met landelijke dekking tegen een overal geldend gelijk tarief. De vervulling daarvan wordt verhinderd indien - bij gebreke van een verbod als vervat in artikel 14, eerste lid, WTV - eenieder de vrijheid zou hebben naast de infrastructuur welke onder het beheer valt van de concessionaris, een eigen infrastructuur tot stand te brengen met de mogelijkheid zich uitsluitend te richten op de meest rendabele toepassingen van de semafonie en op werkgebieden met relatief grote concentraties van potentiële afnemers, aldus een rendabele exploitatie van de opgedragen datatransportdienst, die zich niet tot de aantrekkelijke gebieden kan beperken, onmogelijk makend. Aangezien verzoekster niet de enige onderneming is die zich naast PTT Telecom op de Nederlandse semafoniemarkt zou kunnen begeven wanneer aan het uitsluitende recht van PTT Telecom de rechtvaardigingsgrond zou worden ontzegd, kan de door verzoekster uitgesproken intentie om te streven naar een dienstverlening met een landelijke dekking evenbedoeld gevaar niet wegnemen. Dat verweerder, blijkens zijn brief van 12 juli 1991 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal wetgeving voorbereidt teneinde in het kader van het ERMES-systeem te komen tot verruiming van de mogelijkheden voor anderen dan PTT Telecom om semafoondiensten te verrichten is daarmee niet in tegenspraak. Juist het hiervoor geschetste belang dat is gelegen in het bestaan van een wettelijke waarborg voor de exploitatie van een semafoondienst met landelijke dekking tegen gelijke tarie-

ven vergt dat een verruimde mogelijkheid als bedoeld niet zonder meer aanwezig wordt geacht maar tot stand komt nadat in het kader van de afweging die plaatsvindt in het wetgevingsproces de bijzondere positie van PTT Telecom in geschouw wordt genomen.

Terecht heeft verzoekster opgemerkt dat de semafonie niet het belangrijkste onderdeel vormt van de activiteiten van PTT Telecom, zodat een eventuele onrendabele exploitatie van de semafoondienst niet al te zwaar op die onderneming zal drukken en zeker haar voortbestaan niet in gevaar zal brengen. Het gaat hier evenwel niet om het voortbestaan van PTT Telecom als zodanig maar om de in redelijkheid aan haar te bieden mogelijkheid een dienst waartoe zij in het algemeen belang verplicht is in het gehele land te verrichten. Deze mogelijkheid moet geacht worden te zijn vervallen indien slechts de onrendabele aspecten van die dienstverlening voor haar overblijven. Het College wijst hierbij ook op het bepaalde in artikel 14, tweede lid, van de WTV. Gelet op het bestaan van deze bepaling kan hetgeen verzoekster heeft gesteld omtrent behoeften welke door PTT Telecom onvervuld worden gelaten niet leiden tot de conclusie dat om deze reden de Nederlandse voorschriften onverenigbaar zouden zijn met het EEG-Verdrag. Overigens zijn door verzoekster geen feiten gesteld welke aantonen dat bij PTT Telecom de in artikel 14, tweede lid van de WTV bedoelde bereidheid of mogelijkheid afwezig zou zijn.

Gezien het vorenstaande acht het College geen grond aanwezig voor het oordeel dat de artikelen 14, eerste lid, WTV in samenhang met artikel 4, eerste lid, WTV en de artikelen 1, 5 en 6 van het BOT wegens strijd met het EEG-Verdrag geen toepassing hadden mogen vinden. De desbetreffende grief van verzoekster moet dan ook falen.

Aangezien ook overigens niet is gebleken dat het bestreden besluit voor vernietiging op een der gronden, genoemd in artikel 5 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, in aanmerking komt dient het beroep te worden verworpen. Gelet op dit oordeel acht het College geen grond aanwezig om, zoals door verzoekster is gevorderd, verweerder te veroordelen tot vergoeding van de schade of een deel daarvan, die verzoekster door het bestreden besluit heeft geleden. Ook is daarmee de grondslag komen te vervallen voor een veroordeling van verweerder in de kosten, die verzoekster in verband met het geschil heeft moeten maken.

7. De beslissing

Het College verwerpt het beroep.

Aldus gewezen door mr. B.P. Kiewiet, mr. C.M. Wolters en mr. P. Lourens, in aanwezigheid van mr. A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het

openbaar op 18 december 1991

3. Voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, zaaknummer: 91/3321/090/195, 91/3456/090/195, 30 december 1991

Uitspraak op de voet van het bepaalde bij artikel 65 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie in de zaak van:

de vennootschap naar Italiaans recht RTO Rete Zero SRL, gevestigd te Milaan, verzoekster, gemachtigde: mr. P.R.M. van der Kroft, advocaat te Amsterdam,

tegen
de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: mr. J. de Wit en mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Het verloop van de procedure

Verzoekster heeft bij brief van 2 september 1991 aan verweerder verzocht haar een machtiging te verlenen tot de aanleg en instandhouding van zenders met gebruik van bijbehorende frequenties voor het heruitzenden van haar programma's.

Bij verzoekschrift, binnengekomen ter griffie op 30 oktober 1991, heeft verzoekster bij het College van beroep ingesteld ter zake van het niet nemen van een beslissing op deze aanvraag. Dit beroep is door het College in behandeling genomen onder zaaknummer 91/3321/090/195.

Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie op 17 november 1991, heeft verzoekster nogmaals beroep ingesteld bij het College ter zake van het niet nemen van een beslissing op voormelde aanvraag. Dit beroep is ingenomen onder zaaknummer 91/3465/090/195. Beide voormelde verzoekschriften gingen vergezeld van een verzoek aan de Voorzitter van het College om bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat aan verzoekster de gevraagde ether-restfrequentie worden toegewezen tot de dag dat de betreffende restfrequenties op basis van toekomstige regelgeving worden toegewezen aan de daarvoor in aanmerking komende gegadigden.

De Voorzitter heeft de verzoeken om een voorlopige voorziening gevoegd gehandeld ter rechtzitting op 19 december 1991. Partijen hebben daar bij monde van hun gemachtigden hun standpunt nader uiteen gezet.

2. Het standpunt van de verweerder

Verweerder heeft verwezen naar de uitspraak d.d. 6 november 1991 van het College in de zaak

91/2483/090/15. Uit de uitspraak blijkt, aldus verweerder, dat verweerder, alvorens op restfrequentie-aanvragen te beslissen, tot 6 maart 1992 de tijd mag nemen om tot een verdelingsbeleid te komen.

Een tijdelijke toewijzing aan restfrequenties voor de periode tot 6 maart 1992 aan de oudste aanvragers acht verweerder weinig voor de hand liggend.

3. Het standpunt van verzoekster

Verzoekster betwijfelt of verweerder op 6 maart 1992 een verdelingsbeleid zal hebben ontwikkeld. Mede daarom acht zij het onrechtmatig dat verweerder niet bereid is hangende de ontwikkeling van dat beleid alvast over te gaan tot een provisorische toedeling van de restfrequenties aan verzoekster als oudste aanvrager.

4. Beoordeling van de verzoeken

4.1 Ingevolge het bepaalde in artikel B.I.7. van het Besluit Radioelectrische inrichtingen moest verweerder op de onderhavige aanvraag beslissen binnen drie maanden na de ontvangst.

4.2 Hoewel dat niet is gebeurd, is er toch geen reden voor het treffen van voorlopige voorzieningen als gevraagd.

Daartoe overweegt de Voorzitter het volgende.

4.3 Met het nemen van een definitieve beslissing op de aanvraag mag verweerder wachten totdat hij terzake van de verdeling van de restfrequenties een verantwoord beleid heeft ontwikkeld, zij het niet langer dan tot 6 maart 1992. Dat is door het College beslist in de door verzoekster genoemde uitspraak van 6 november 1991.

4.4 Dat verzoekster enig belang, laat staan een spoedeisend belang, zou hebben bij een beslissing inzake een tijdelijke machtiging voor de korte periode, die nog rest tot 6 maart 1992, is door haar naar voorlopig oordeel onvoldoende aannemelijk gemaakt.

5. Beslissing

De Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven wijst de gevraagde voorlopige voorzieningen af.

Aldus gewezen door mr. J.J.R. Bakker, Voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 30 december 1991.

4. Vz Afdeling Rechtspraak Raad van State, 6 april 1992, nr. S01.92.0131.

1. Northsea Media AS, te Halden, Noorwegen,

2. Pacific Public Radio Inc., te Long Beach, California (USA),

verzoekster, vertegenwoordigd door mr. E.P.A. Keyzer en mr. H.J. Breeman, advocaten te Amsterdam,

tegen
De minister van Verkeer en Waterstaat, verweerder, vertegenwoordigd door adv. mr. E.J. Daalder, te 's-Gravenhage.

Toepassing van art. 107 (schorsing/voorlopige voorziening) wordt verzocht ten aanzien van het besluit van verweerder van 5 maart 1992, kenmerk HDTP/H/5997/HdW, waarbij verweerder aan de NV Nozema goedkeuring als bedoeld in art. 2 zesde volzin Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 heeft verleend om vijf nader gespecificeerde FM-frequenties te gebruiken, welke goedkeuring werd verleend voor de uitzending van het RTL4-, Sky Radio- en Radio 10-radio-omroepprogramma van resp. CLT SA te Luxemburg, Sky Radio Ltd. te Londen en RTO Rete Zero SRL te Milaan. Tevens werd daarin bepaald dat bedoelde goedkeuring vervalt met ingang van 1 jan. 1993, of zoveel later als over verdeling van etherfrequenties op basis van door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, in overeenstemming met de minister van Verkeer en Waterstaat op te stellen beleidsregels, is beslist.

Openbare behandeling van deze verzoeken heeft plaatsgevonden op 2 april 1992.

In rechte

Ingevolge art. 107 Wet RvS dient te worden nagegaan, of de uitvoering van het besluit van verweerder voor verzoekster een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van bedoeld besluit te dienen belang.

Voor zover deze toetsing meebrengt dat het geschil in de bodemprocedure wordt beoordeeld, heeft Ons oordeel daaromtrent een voorlopig karakter en is dat niet bindend voor de beslissing in die procedure.

Ingevolge art. 17 eerste lid Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV) is het anders dan krachtens de concessie verboden radio-elektrische zendingen aan te leggen, aanwezig te hebben of te gebruiken, tenzij met machtiging van Onze minister van Verkeer en Waterstaat.

Ingevolge art. 17 zevende lid onder b WTV dient een machtiging te worden geweigerd indien een doelmatig gebruik van de ether dit vordert.

Ingevolge art. 2 zesde volzin Radio-Omroep Zender-Wet 1935 behoeven de golfengete en de energie waarmede uitgezonden wordt de goedkeuring van Onze minister van Verkeer en Waterstaat.

In verband met de onderhavige zaak staat vast dat Nederland op grond van internationale overeenkomsten de beschikking heeft over een aantal

omroepfrequenties in de ether. Deze frequenties zijn grotendeels uitgegeven aan publieke omroep en de wereldomroep. Van de aan Nederland toegewezen frequenties zijn er vijf ongebruikt gebleven, deze worden verder aangeduid als restfrequenties.

Vast staat voorts dat aan de vraag naar etherfrequenties niet kan worden voldaan. Met name commerciële zenders hebben blijk gegeven van hun interesse in toewijzing van een frequentie.

Op 12 juli 1991 heeft de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur met het oog op verdeling van de restfrequenties in een notitie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal haar voornemen bekend gemaakt om niet over te gaan tot toewijzing van de restfrequenties alvorens een beleid daarvoor ontwikkeld zou zijn.

Inmiddels had de BV Particuliere Zenderexploitiatiemaatschappij De Vrije Ether te Amsterdam (de Vrije Ether), die onder meer het programma van Sky Radio verzorgt, een aanvraag voor een machtiging als bedoeld in art. 17 eerste lid WTV voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van radiozenders met gebruik van bijbehorende zenders bij verweerder ingediend. Op die aanvraag heeft verweerder bij besluit van 23 juli 1991 afwijzend beschikt.

De Vrije Ether heeft bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven beroep tegen dit laatstbedoelde besluit van verweerder aangetekend. De uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven dateert van 6 nov. 1991 en houdt in dat het besluit van verweerder van 23 juli 1991 wordt vernietigd en dat verweerder binnen vier maanden na verzending van deze uitspraak een nieuwe beslissing moet nemen met inachtneming van het in de uitspraak overwogene.

Vóór 6 nov. 1991 hadden - voor zover Ons nu bekend - naast De Vrije Ether inmiddels ook RTO Rete Zero SRL te Milaan (ten behoeve van het programma van Radio 10), Sky Radio Ltd. te Londen en de Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA te Luxemburg (ten behoeve van het programma van RTL4-radio) eenzelfde aanvraag om goedkeuring van het gebruik van een frequentie bij verweerder gedaan. Van eenzelfde standpunt als het College van Beroep voor het bedrijfsleven is uitgegaan de voorzitter van dat college in zijn uitspraak van 30 dec. 1991, in de zaak van RTO Rete Zero SRL tegen verweerder waarbij overigens is bepaald dat RTO Rete Zero SRL onvoldoende belang had bij toewijzing van een frequentie vóór 6 maart 1992.

In febr. en/of maart 1992 hebben verzoeksters eveneens een dergelijke aanvraag om goedkeuring gedaan.

Verweerder en de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur hebben in het voorjaar van

1991 aan een speciaal daartoe ingestelde commissie, bekend geworden als de cie. Donner, opgedragen een advies uit te brengen omtrent het ter zake te voeren beleid. De cie. Donner heeft - later dan verwacht - in januari 1992 haar rapport uitgebracht. Aangezien naar aanleiding van de rapportage van de cie. Donner overleg gevoerd diende te worden met het parlement is het verder onmogelijk gebleken vóór 6 maart 1992 over te gaan tot definitieve toewijzing van de restfrequenties.

Verweerder heeft zich, door de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven genoodzaakt gezien de restfrequenties tijdelijk toe te wijzen aan de op 6 nov. 1991 bij hem bekende gegadigden, waarbij hij de Vrije Ether en Sky Radio Ltd. heeft beschouwd als één gegadigde die het programma van Sky Radio wenst uit te zenden.

In dit verband heeft verweerder ter zitting er op gewezen het in het rapport van de cie. Donner vervatte voorstel te willen volgen, inhoudende dat voor de verdeling van de restfrequenties een zogeheten "tender" (open inschrijving) wordt gehouden. Gegeven de omstandigheid dat over het rapport nog een regeringsstandpunt moet worden geformuleerd waarover ook de Tweede Kamer zich nog zal moeten uitlaten, alsmede de omstandigheid dat voor een open inschrijving een redelijke termijn moet worden gegund is verweerder van mening dat met effectuering van een uiteindelijk beleid nog negen maanden zijn gemoeid.

De tijdelijke verdeling heeft, aldus verweerder, vervolgens plaats gehad op basis van het aantal personen dat met de uitzendingen zou kunnen worden bereikt. Voor de gegadigden is daarbij een gelijk publiekbereik nagestreefd. Verweerder heeft in dit verband benadrukt dat aan deze tijdelijke verdeling geen enkele inhoudelijke beoordeling ten grondslag ligt, aangezien een zodanige beoordeling ten onrechte zou kunnen prejudiciëren op een te zijner tijd op basis van de tender te nemen beslissing.

Verzoeksters hebben de stelling betrokken dat de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven er slechts toe strekt om verweerder enige tijd te gunnen om aan te geven binnen welke termijn zij tot de vaststelling van een beleid inzake de frequentieverdeling wenst te komen en om in de nieuw te nemen beslissing aan te geven dat alsdan, te weten na vaststelling van nieuw beleid, definitief op het verzoek van de Vrije Ether zou worden beslist.

Verzoeksters hebben voorts gesteld dat uit de uitspraak van het College van Beroep van het bedrijfsleven tevens blijkt dat het definitief op te stellen beleid ten aanzien van de verdeling van de restfrequenties slechts kan zien op die omroepinstellingen die naar de stand van de mediawetgeving op 6 nov. 1991 voor een etherfrequentie in aan-

merking konden komen. Daarbij hebben verzoeksters er op gewezen dat het College van Beroep geen onderscheid maakt tussen aanvragen die op 6 nov. 1991 waren ingediend en potentiële aanvragen binnen het kader van de toen bestaande wetgeving. Verzoeksters rekenen zichzelf tot de potentiële aanvragers, nu de door hen verzorgde commerciële radioprogramma's (Holland FM en Euro Jazz) in op het Nederlandse publiek gerichte uitzendingen via de kabel op 6 nov. 1991 te beluisteren waren. Tenslotte hebben verzoeksters bezwaar gemaakt tegen de - hiervoor reeds weergegeven - open eindclausule die het bestreden besluit kent. Naar de mening van verzoeksters prejudiciëert deze beslissing wel degelijk op later te verwachten beleids- en besluitvorming.

Wij overwegen het volgende.

Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag waartoe de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 6 nov. 1991, verweerder verplichtte, althans of verweerder met zijn bestreden besluit in overeenstemming heeft gehandeld met bedoelde uitspraak.

Naar Ons oordeel dient laatstbedoelde vraag bevestigend te worden beantwoord, nu deze uitspraak er in de eerste plaats toe strekt dat uiterlijk vier maanden na verzending er van de betrokken restfrequenties op enigerlei wijze zouden zijn geblokkeerd. Naar Ons uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken heeft ter gelegenheid van de behandeling van het beroep bij het college ook de vraag centraal gestaan hoe lang de uitgifte van de restfrequenties zou mogen worden geblokkeerd.

Ons oordeel in deze wordt voorts bepaald door de omstandigheid dat niet aannemelijk is dat aan verweerder een tijdsbestek van vier maanden moet worden gegund enkel ten einde vast te stellen op welke termijn een definitief beleid zou worden ontwikkeld.

Intussen is deze beslistermijn te kort gebleken om een definitieve verdeling van de restfrequenties te bewerkstelligen, zulks mede als gevolg van het feit dat het rapport van de cie. Donner pas eind jan. 1992 werd uitgebracht.

In het licht van vorenstaande overwegingen achten Wij het aanvaardbaar dat verweerder de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven zodanig heeft opgevat dat een tijdelijke toewijzing van de restfrequenties, vooruitlopend op een definitieve besluitvorming, naar aanleiding van de aanvragen die voor 6 nov. 1991 waren ingediend, diende plaats te vinden.

Naar Ons oordeel kon verweerder daarvoor in redelijkheid die omroepinstellingen in aanmerking brengen die op 6 nov. 1991 bij hem een aanvraag voor toewijzing van frequenties hadden ingediend.

Wij nemen daarbij in aanmerking dat, naar ook van de zijde van verweerder ter zitting is betoogd, het ten gevolge van een wijziging van de Mediawet sinds 25 jan. 1991 mogelijk is om buitenlandse commerciële programma's in Nederland te relayen. Verzoeksters hebben aangevoerd dat de programma's Euro Jazz en Holland FM eerst in resp. mei 1991 en juli 1991 van start zijn gegaan en dat het na de brief van de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 12 juli 1991 geen nut meer had om een aanvraag te doen, nu daarin de blokkering van de restfrequenties werd aangekondigd alvorens een definitief beleid zou zijn ontwikkeld.

Naar Ons oordeel valt evenwel niet in te zien waarom verzoeksters niet eerder een aanvraag konden indienen met het oog op de door hen te relayeren programma's, nu toch moet worden aangenomen dat zij er reeds eerder van op de hoogte waren dat zij deze programma's zouden gaan uitzenden. Bovendien zijn Wij anders dan verzoeksters van oordeel dat de brief van de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 12 juli 1991 er niet aan in de weg behoefde te staan dat verzoeksters zich ten minste reeds als potentiële gegadigden bij verweerder aandienen.

Ten slotte hebben Wij bij Ons oordeel in aanmerking genomen dat verweerder er in het bestreden besluit de nadruk op heeft gelegd dat aan de door hem gegeven goedkeuring voor de tijdelijke toewijzing geen rechten vallen te ontleen voor een langduriger gebruik dan de genoemde periode en dat aan deze toewijzing geen voorkeurspositie of verworven rechten ontleend kunnen worden bij een hernieuwde verdeling op basis van nader te formuleren beleidsregels.

Nu er derhalve van dient te worden uitgegaan dat de positie die de betrokken omroepinstellingen zich door de tijdelijke toewijzing op de omroepmarkt verwerven, geen gewicht in de schaal legt bij de uiteindelijke toedeling van de frequenties, laten Wij het tussen partijen bestaande verschil van inzicht omtrent het bereik van de toegewezen frequenties - het bestreden besluit gaat uit van een bereik van 8% van de Nederlandse bevolking door ieder van de drie zenderpakketten - hier verder onbesproken.

Gelet op het voorgaande en op hetgeen overigens uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken, zien Wij geen grond voor het oordeel dat verweerder na afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.

Onder deze omstandigheden is van een onevenredig nadeel als bedoeld in art. 107 Wet RvS geen sprake.

De verzoeken om toepassing van dit artikel komt daarom niet voor inwilliging in aanmerking.

Uitspraak

De voorzitter van de Afdeling rechtspraak;

Gezien de Wet Arob en de Wet RvS;

wijst de verzoeken om toepassing van art. 107 Wet RvS af.

5. Afdeling Rechtspraak van de Raad van State no. S01.92.0148, 12 mei 1992

Beschikking van de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State inzake het verzoek om toepassing van artikel 107 van de Wet op de Raad van State in het geschil tussen:

1. de Vereniging Organisatie van Lokale Omroepen in Nederland te 's-Hertogenbosch, en
2. de Stichting Amsterdamse Lokale en Regionale Televisie-Omroep (Salto) te Amsterdam (verzoeksters), vertegenwoordigd door N.A.A.M. van Eijk, gemachtigde

en

de Minister van Verkeer en Waterstaat (verweerder), vertegenwoordigd door mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage

Toepassing van artikel 107 (schorsing/voorlopige voorziening) wordt verzocht ten aanzien van het besluit van verweerder van 5 maart 1992, kenmerk HDTP/H/5997/HdW, waarbij deze aan de N.V. Nozema goedkeuring als bedoeld in artikel 2, zesde volzin, van de Radio-OmroepZender-Wet 1935 heeft verleend om vijf nader gespecificeerde FM-frequenties te gebruiken, welke goedkeuring werd verleend voor de uitzending van het RTL4+, Sky Radio-en Radio 10-radio-omroepprogramma van respectievelijk CLT SA te Luxemburg, Sky Radio Ltd. te Londen en RTO Rete Zero SRL te Milaan. Tevens werd daarbij bepaald dat bedoelde goedkeuring vervalt met ingang van 1 januari 1993, of zoveel later als over verdeling van etherfrequenties op basis van door de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, in overeenstemming met verweerder op te stellen beleidsregels, beslist is.

Openbare behandeling van dit verzoek heeft plaatsgevonden op 12 mei 1992.

In rechte:

Ingevolge artikel 107 van de Wet op de Raad van State dient te worden nagegaan, of de uitvoering van het besluit van verweerder voor verzoeksters een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van bedoeld besluit te dienen belang.

Voor zover deze toetsing meebrengt dat het geschil

in de bodemprocedure wordt beoordeeld, heeft Ons oordeel daaromtrent een voorlopig karakter en is dat niet bindend voor de beslissing in die procedure.

Op grond van artikel 17, eerste lid, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna te noemen: de WTV) is het anders dan krachtens de concessie verboden radio-electrische zendinrichtingen aan te leggen, aanwezig te hebben of te gebruiken, tenzij met machtiging van verweerder. Ingevolge artikel 17, zevende lid, onder b, van de WTV dient een machtiging te worden geweigerd indien een doelmatig gebruik van de ether dit vordert. Op grond van artikel 2, zesde volzin, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 (hierna te noemen: de ROZ) behoeven de golflengte en de energie waarmee uitgezonden wordt, de goedkeuring van verweerder.

In verband met de onderhavige zaak staat vast dat Nederland op grond van internationale overeenkomsten de beschikking heeft over een aantal omroepfrequenties in de ether. Deze frequenties zijn grotendeels uitgegeven aan publieke omroep en de wereldomroep. Van de aan Nederland toegewezen frequenties zijn er vijf ongebruikt gebleven. Deze worden verder aangeduid als restfrequenties.

Vast staat voorts dat aan de vraag naar etherfrequenties niet kan worden voldaan. Met name commerciële zenders hebben blijk gegeven van hun interesse in toewijzing van een frequentie.

Op 12 juli 1991 heeft de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur met het oog op verdeling van de restfrequenties in een notitie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal zijn voorstellen bekend gemaakt om niet over te gaan tot toewijzing van de restfrequenties alvorens daarvoor een beleid ontwikkeld is.

Inmiddels had de B.V. Particuliere Zenderexploitatie maatschappij De Vrije Ether te Amsterdam, die onder meer het programma van Sky Radio verzorgt, een aanvraag voor een machtiging als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de WTV voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van radiozenders met gebruik van bijbehorende zenders bij verweerder ingediend.

Op die aanvraag heeft verweerder bij besluit van 23 juni 1991 afwijzend beschikt.

Tegen dit besluit heeft De Vrije Ether beroep aangetekend bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Bij zijn uitspraak van 6 november 1991 heeft dit college het beroepen besluit vernietigd en heeft het daarbij tevens bepaald dat verweerder binnen vier maanden na verzending van deze uitspraak een nieuwe beslissing moet nemen met inachtneming van het in de uitspraak overwogene.

Verweerder en de Minister van Welzijn, Volksge-

zondheid en Cultuur hebben in het voorjaar van 1991 aan een speciaal daartoe ingestelde commissie, bekend geworden als de Commissie Donner, opgedragen een advies uit te brengen omtrent het ter zake te voeren beleid. De Commissie Donner heeft - later dan verwacht - in januari 1992 haar rapport uitgebracht. Aangezien naar aanleiding van dit rapport overleg gevoerd diende te worden met het parlement is het voor verweerder onmogelijk gebleken vóór 6 maart 1992 over te gaan tot definitieve toewijzing van de restfrequenties.

Gelet hierop heeft verweerder - om toch te voldoen aan voormelde uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven - zich genooddacht gezien om bij het bestreden besluit de restfrequenties tijdelijk toe te wijzen aan de hem op 6 november 1991 bekende gegadigden. Daarbij heeft hij zich - teneinde te voorkomen dat in strijd met het Verdrag tot oprichting van de EEG alsmede het Europees verdrag voor de rechten van de mens (hierna te noemen: het EVRM) alle frequenties aan publieke (lokale) omroepinstellingen zouden worden toegewezen - op het standpunt gesteld dat de restfrequenties tijdelijk voor (buitenlandse) commerciële omroepinstellingen bestemd dienden te zijn.

De tijdelijke verdeling heeft, aldus verweerder, plaatsgehouden op basis van het aantal personen dat met de uitzendingen zou kunnen worden bereikt. Voor de gegadigden is zodoende een gelijk publiekbereik nagestreefd. Verweerder heeft daarbij benadrukt dat aan deze tijdelijke verdeling geen enkele inhoudelijke beoordeling ten grondslag ligt, aangezien een zodanige beoordeling ten onrechte zou kunnen prejudiciëren op een te zijner tijd op basis van de tender (open inschrijving) te nemen beslissing.

Met betrekking tot de verdeling van de restfrequenties is Ons uit de stukken en het verhandelde ter zitting verder gebleken dat verweerder het in het rapport van de Commissie Donner vervatte voorstel wil volgen. Dit voorstel houdt in dat voor de verdeling van de restfrequenties een zogeheten tender wordt gehouden. Gegeven de omstandigheid dat over het rapport nog een regeringsstandpunt moet worden geformuleerd, waarover ook de Tweede Kamer zich nog zal moeten uitlaten, alsmede de omstandigheid dat voor een open inschrijving een

redelijke termijn moet worden gegund is verweerder van mening dat met effectuering van een uiteindelijk beleid nog negen maanden gemoeid zullen zijn. Anders dan verzoeksters, die menen dat ook publieke (lokale) omroepinstellingen bij de verdeling van de restfrequenties hadden moeten worden betrokken, zijn Wij van oordeel dat niet kan worden staande gehouden dat verweerder bij afweging van de betrokken belangen niet in rede-

lijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. Zoals Wij ten aanzien van het bestreden besluit reeds bij Onze beschikking van 6 april 1992, no. S01.92.0131, hebben overwogen, achten Wij het aanvaardbaar dat verweerder de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven zodanig heeft opgevat dat een tijdelijke toewijzing van de restfrequenties, vooruitlopend op een definitieve besluitvorming, naar aanleiding van de aanvragen die vóór 6 november 1991 waren ingediend, diende plaats te vinden.

Verder komt het Ons vooralsnog niet aannemelijk voor dat artikel 2, zesde volzin, van de ROZ-wet zich ertegen verzet dat verweerder bij goedkeuring van FM-frequenties tegelijkertijd aangeeft ten behoeve van welke uitzendingen de frequenties worden aangewend. Temeer niet nu ook uit de ROZ-wet niet blijkt dat de N.V. Nozema hiertoe bevoegd is. Dat artikel 70, eerste lid, van de WTV bepaalt dat bij toepassing van deze wet niet wordt getreden in de onderwerpen bij of krachtens de Mediawet doet aan het voorgaande niet af.

Op grond van het tweede lid van genoemd artikel 70 is namelijk het bepaalde bij of krachtens deze wet, behoudens het bepaalde in artikel 67, niet van toepassing voor zover het betreft hetgeen in de ROZ-wet ten aanzien van de N.V. Nozema is geregeld en de daaraan gegeven toepassing. Wij achten het voorts niet onredelijk dat verweerder gelet op de volgens hem op handen zijnde verruiming voor (buitenlandse) commerciële omroepinstellingen om in Nederland uit te zenden de beleidskeuze gemaakt heeft om de restfrequenties tijdelijk voor de – vooralsnog beperkte - groep van deze (buitenlandse) commerciële omroepinstellingen te reserveren. Voormelde uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven vereiste juist met het oog op deze gegadigden deblokking van de restfrequenties.

Verzoeksters hebben zich tenslotte op het standpunt gesteld dat het in dit kader door verweerder gehanteerde verdelingsbeleid niet op alle punten geheel voldoet aan de in artikel 10 van het EVRM gestelde vereisten, zoals het non-discriminatie-, het transparantheids alsmede het pluriformiteitsvereiste.

Echter, indien zulks met verzoeksters zou moeten worden aangenomen, zijn Wij van oordeel dat die omstandigheid in de gegeven situatie niet tot toepassing van artikel 107 van de Wet op de Raad van State behoeft te leiden. Wij nemen daartoe met name in aanmerking dat – zoals voormeld - de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven verweerder, die zelf met het oog op deze vereisten wilde wachten met het toewijzen van de restfrequentie, noopte om hiertoe toch binnen vier maanden over te gaan. Bovendien kan niet uit het oog worden verloren dat het hier om

een tijdelijke verdeling gaat waaraan blijkens het bestreden besluit geen rechten vallen te ontleen voor een langduriger gebruik dan de genoemde periode en dat aan deze toewijzing geen voorkeurspositie of verworven rechten ontleend kunnen worden bij een hernieuwde verdeling op basis van nader te formuleren beleidsregels. Onder de voren-geschetste omstandigheden alsmede gelet op het gegeven dat verzoekster sub 1 beschikt over vier lokale etherzenders (met een laag vermogen), waarmee zij bijna het totale oppervlak van de gemeente Amsterdam kan verzorgen, is naar Ons oordeel aan de zijde van verzoeksters geen sprake van een onevenredig nadeel als bedoeld in artikel 107 van de Wet op de Raad van State. Daarenboven is verzoekster sub 2 nog niet in het bezit van een machtiging als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de WTV. Naar verzoeksters ter zitting zelf hebben medegedeeld kan overigens een beslissing omtrent een machtiging op korte termijn worden verkregen.

Indien een dergelijke machtiging wordt geweigerd kan op grond van artikel 42 van de WTV beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in welk kader de kwestie van de verdeling van restfrequenties en de rechtmatigheid van het bestreden - uit de uitspraak van genoemd college van 6 november 1991 voortvloeiende - besluit van 5 maart 1992 andermaal aan de orde kan komen.

Gezien het vorenstaande zien Wij geen aanleiding het verzoek om toepassing van artikel 107 in te willigen. Temeer niet daar de gevraagde voorziening, die ertoe strekt één van de betreffende - reeds tijdelijk toegewezen - restfrequenties aan verzoekster sub 2 toe te wijzen, als een in dit kader te verstrekkende voorziening moet worden geëind.

Uitspraak:

De Voorzitter van de Afdeling rechtspraak;
Gezien de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen en de Wet op de Raad van State; wijst het verzoek om toepassing van artikel 107 van de Wet op de Raad van State af.
Aldus gegeven te 's-Gravenhage op 12 mei 1992 door mr. P.J. Boukema, voorzitter.

6. Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, no. 92/0866/090/195 29 juni 1992

Uitspraak op de voet van het bepaalde bij artikel 65 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie in de zaak van:

1. mr. A.W. Hins,
2. mr. P.B. Hugenholtz, beiden wonende te Amsterdam, en 3. de besloten vennootschap met be-

perkte aansprakelijkheid B.V. Particuliere Zender Exploitiatiemaatschappij De Vrije Ether, gevestigd te Amsterdam, verzoekers, gemachtigde: mr. A.J.H.W.M. Versteeg, advocaat te Amsterdam, tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigde: mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Het verloop van de procedure

Bij een op 7 april 1992 ter griffie van het College ontvangen verzoekschrift, dat blijkens het desbetreffende bewijs van aangetekende verzending op 6 april 1992 ter post is bezorgd, hebben verzoekers beroep ingesteld tegen de beschikking van verweerder van 5 maart 1992, kenmerk HDTP/H/6000/EZ, waarbij de aanvraag van verzoekers om een machtiging krachtens artikel 17, zevende lid, onder d, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: de WTV) voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van twee radiozenders, één in de provincie Noord-Holland, locatie Wieringermeer, en één in de provincie Zuid-Holland, locatie Rotterdam, is afgewezen.

Bij een op 2 juni 1992 ter griffie ingekomen verzoekschrift hebben verzoekers zich voorts tot de Voorzitter van het College gewend met het verzoek de bestreden beschikking te schorsen en bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat verzoeker sub 3 wordt behandeld, als ware zij in het bezit van de gevraagde machtiging ter zake van de radiofrequentie, locatie Wieringermeer, althans zodanige voorlopige voorziening te treffen, als de Voorzitter in goede justitie zal vermenen te behoren en, in het geval dat zal worden vastgesteld de Nederlandse Omroep-Zendermaatschappij N.V. (Nozema) van haar voorkeursrecht gebruik heeft gemaakt

ten behoeve van verzoeker sub 3, verweerder te gelasten niet te verhinderen dat verzoeker sub 3 de zender te Wieringermeer huurt van Nozema onder de condities, vermeld in de concept-offerte van Nozema aan verzoekers d.d. 12 juli 1991, zoals die nadien in onderhandelingen tussen verzoekers en Nozema nader gestalte hebben gekregen, met veroordeling van verweerder in de kosten van deze procedure.

Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van 15 juni 1992, alwaar partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunt nader hebben uiteengezet. Tevens is daar gehoord mr. P.R.M. van der Kroft, advocaat te Amsterdam, namens de vennootschap naar Italiaans recht RTO Rete Zero s.r.l., gevestigd te Milaan, en de vennootschap naar Luxemburgs recht Compagnie Luxembourgeoise

de Telediffusion s.a., gevestigd te Luxemburg.

2. De vaststaande feiten

De Voorzitter gaat voor de beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening uit van de volgende feiten en omstandigheden, die naar voorlopig oordeel voldoende vast zijn komen te staan.

- Verzoeker sub 3 exploiteert een zenderexploitiatiemaatschappij, waarin beoogd wordt zenders te bouwen en frequenties te verkrijgen, teneinde deze tegen betaling ter beschikking te stellen aan programma-aanbieders.

- Op 24 juli 1990 hebben verzoekers bij verweerder een aanvraag ingediend voor een machtiging krachtens artikel 17 WTV voor de aanleg en exploitatie van één radiozender in Wieringermeer en één in Rotterdam ten behoeve van het via de FM-band onverkort en gelijktijdig heruitzenden (relayeren) van radioprogramma's, afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen, die in één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap gevestigd zijn, een en ander overeenkomstig het bepaalde bij artikel 167A van de Mediawet. Op het moment van aanvraag was verzoeker sub 3 nog in staat van oprichting.

- Bij brief van 21 december 1990 heeft Nozema aan verweerder doen weten gebruik te willen maken van haar wettelijk voorkeursrecht en in principe bereid te zijn voor "De Vrije Ether" een tweetal radio-zenders op locaties in Noord- en Zuid-Holland aan te leggen en te exploiteren.

- In overeenstemming met de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (WVC) heeft verweerder besloten met ingang van 12 juli 1991 het gebruik van de nog beschikbare frequenties te "blokkeren" in afwachting van een door de Minister van WVC te ontwikkelen toewijzingsbeleid voor de omroep in de ether, zoals door deze Minister aangekondigd bij brief van dezelfde datum, gericht aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

- Bij brief van 12 juli 1991 heeft Nozema aan verzoekers - samengevat - bericht wel bereid, maar niet in staat te zijn de bouw van de gevraagde zenders, waarvoor op dat moment de plannen grotendeels waren uitgewerkt, daadwerkelijk uit te voeren in verband met een door verweerder op die datum gelegde blokkade op de uitgifte van restfrequenties.

- Bij beschikking van 23 juli 1991 heeft verweerder vervolgens de aanvraag van verzoekers om machtiging afgewezen.

- Laatstvermelde beschikking is door het College bij uitspraak van 6 november 1991, zaaknummer 91/2483/090/195, vernietigd wegens een motiveeringsgebrek. Bij deze uitspraak heeft het College tevens bepaald dat verweerder binnen vier maanden na verzending van de uitspraak een nieuwe

beslissing moet nemen met inachtneming van het in de uitspraak overwogene.

- De thans bestreden beschikking, waarbij de gevraagde machtiging opnieuw, zij het op een andere grond, is geweigerd, strekt ertoe gevolg te geven aan voormelde uitspraak van het College.

- De bestreden beschikking hangt samen met een besluit van gelijke datum, waarbij door verweerder aan Nozema op grond van artikel 2, onder f, van de Radio-Omroepzenderwet 1935 (ROZ-wet) goedkeuring is verleend de volgende FM-frequenties met daarbij vermelde maximale uitzendvermogens te gebruiken:

"Hoogezand, 99.1 MHz, 1 kW;

Irsum, 100.4 MHz, 50 kW;

Den Haag, 101.2 MHz, 10 kW;

Wieringermeer, 102.5 MHz, 50 kW; en

Rotterdam, 102.7, MHz, 50 kW."

Aan dit besluit heeft verweerder de volgende bepalingen verbonden:

"Voor de uitzending van het Sky Radioprogramma, verzorgd door Sky Radio Ltd. te Londen, mag ten behoeve van de besloten vennootschap "Particuliere Zender Exploitatie Maatschappij De Vrije Ether" te Amsterdam de FM-frequentie 102.7 MHz te Rotterdam aangewend worden.

Voor de uitzending van het Radio 10-radioprogramma mogen ten behoeve van RTO Rete Zero SRL te Milaan de FM-frequentie 102.5 MHz te Wieringermeer, 99.1 MHz te Hoogezand en 100.4 te Irsum aangewend worden.

Voor de uitzending van het RTL4-radioprogramma mag ten behoeve van de Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA te Luxemburg de FM-frequentie 101.2 MHz te Den Haag aangewend worden.

De goedkeuring wordt verleend voor de aanwending, binnen een daarvoor benodigde redelijke termijn van de genoemde frequenties, overeenkomstig de voorgeschreven evenredige verdeling, voor de uitzending van het RTL4-, Sky Radio- en Radio 10-radio-omroepprogramma van respectievelijk CLT SA te Luxemburg, Sky Radio Ltd. te Londen en RTO Rete Zero SRL te Milaan.

6. Deze goedkeuring vervalt met ingang van 1 januari 1993, of zoveel later als verdeling van etherfrequenties op basis van door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, in overeenstemming met de minister van Verkeer en Waterstaat op te stellen beleidsregels, beslist is." Tegen dit besluit hebben verzoekers beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

3. De bestreden beschikking

Bij de bestreden beschikking heeft verweerder, voor zover hier van belang, als volgt overwogen:

"(..) Uit de uitspraak van het College van Beroep

voor het Bedrijfsleven d.d. 6 november 1991 volgt dat artikel 17, zevende lid, onderdeel b, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen een weigeringsgrond vormt zolang in het kader van artikel 17 Wet op de telecommunicatievoorzieningen tijd benodigd is voor de ontwikkeling van een beleid ter verdeling van de ruimte in de ether ten behoeve van aanvragers wier plannen uitvoerbaar zijn binnen de huidige wetgeving. Dit levert derhalve slechts gedurende de tijd die hiervoor redelijkerwijs noodzakelijk moet worden geacht, een weigeringsgrond op. De rechter bepaalde die termijn op vier maanden na 6 november 1991.

In mijn beslissing d.d. 5 maart 1992 gericht aan de Nederlandse Omroepzendermaatschappij NV te Zoetermeer (hierna: Nozema NV) heb ik aangegeven wat mijn overwegingen zijn om de daar genoemde vijf FM-restfrequenties tijdelijk te deblokken. Deze brief gaat in afschrift hierbij. Artikel 17, zevende lid, onder b, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen levert daardoor voor deze vijf FM-restfrequenties geen weigeringsgrond meer op. (..) De Nozema NV heeft reeds bij brief d.d. 12 juli 1991, kenmerk 91-01151-U, te kennen gegeven, ten behoeve van aanvrager gebruik te maken van het haar op grond van artikel 2, lid 4, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935, toekomend voorkeursrecht. De uitoefening van het voorkeursrecht door de Nozema NV levert een weigeringsgrond voor de verlening van een machtiging ex artikel 17 Wet op de telecommunicatievoorzieningen op, omdat verlening van de machtiging aan aanvrager strijd met de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 zou betekenen.

Aangezien de Nozema NV gebruik maakt van het op grond van artikel 2, lid 4, van de Radio-Omroep-zender-wet 1935, aan haar toekomend voorkeursrecht, heb ik de Nozema NV op grond van artikel 2, lid 7, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 goedkeuring verleend tot gebruik van de vijf genoemde FM-restfrequenties met het vermelde maximum uitzendvermogen.

Voor de toewijzing van de vijf FM-restfrequenties zijn meerdere gegadigden. Bij de goedkeuringsbeslissing aan de Nozema NV heb ik aangegeven op welke wijze de vijf FM-restfrequenties door de Nozema NV aangewend mogen worden voor de uitzending van de programma's van de verschillende gegadigden. Voor tijdelijk gebruik van genoemde FM-frequenties door de Nozema NV te Zoetermeer, ten behoeve van de uitzending van uw programma, verwijs ik naar de beslissing op grond van artikel 2, lid 7, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935, aan de Nozema NV.

Zoals in genoemde brief is aangegeven, heb ik u - overeenkomstig de door U uitgesproken voorkeur tijdens het overleg op 27 februari jl. - in aanmerking gebracht voor frequentiepakket Rotterdam.

Een exemplaar van het verslag voeg ik hierbij. Derhalve weiger ik op grond van artikel 17, zevende lid, onder d, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen de door u gevraagde machtiging te verlenen.

U dient met de Nozema NV tot overeenstemming te komen over het tijdelijk gebruik van zenders voor de uitzending van het Sky Radioprogramma van Sky Radio Ltd. te Londen. Indien de Nozema NV alsnog zou afzien van uitoefening van het voorkeursrecht voor de aanleg en exploitatie van een zender ten behoeve van de uitzending van het programma van aanvraagster of bij de uitoefening van het voorkeursrecht in gebreke blijft, dan ben ik bereid alsnog een machtiging voor tijdelijke duur op grond van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen aan aanvraagster te verlenen, onder nader te stellen voorschriften, tenzij zich een van de andere weigeringsgronden van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen zou voordoen.

Ik wijs er op dat door aanvraagster aan dit tijdelijk gebruik van FM-restfrequenties geen rechten ontleend kunnen worden tot ander of langduriger gebruik dan in de beslissing aan Nozema NV is aangegeven. Ook zal aan dit tijdelijke gebruik geen voorkeurspositie of verworven recht ontleend kunnen worden bij een hernieuwde verdeling op basis van nader te formuleren beleidsregels. (...)"

4. De gronden van het verzoek om een voorlopige Verzoekers beperken hun verzoek tot de weigering verzoekster sub 3 een zendmachtiging te verlenen ten behoeve van de zender te Wieringermeer en voeren ter ondersteuning van dat verzoek - samen-gevat weergegeven - het volgende aan.

4.1. Ten onrechte heeft verweerder de weigeringsgrond van artikel 17, lid 7, onder b, van WTV, inhoudend dat verlening van de gevraagde machtiging strijd met de ROZ-wet oplevert, aanwezig geacht.

4.1.-a. Aan Nozema komt met betrekking tot de heruitzending van buitenlandse omroepprogramma's geen voorkeursrecht toe, omdat deze activiteit valt buiten de bevoegdheden door de ROZ-wet in artikel 1, lid 2, aan Nozema toegekend.

4.1.-b. Zo er al een voorkeursrecht voor Nozema ten aanzien van de onderhavige activiteiten bestaat, dan heeft zij dit recht verwerkt. Nozema heeft er immers in het verleden blijk van gegeven haar voorkeursrecht ten aanzien van de zender te Wieringermeer ten behoeve van verzoekers aan te willen wenden, zodat zij dit recht thans niet ten behoeve van een ander, te weten de door verweerder aangewezen omroepinstelling RTO Rete Zero S.r.l., mag gebruiken, althans levert de uitoefening van dit recht ten behoeve van een ander, dan de oorspronkelijke aanvrager, verzoekers, misbruik van een machtspositie op en derhalve strijd met

artikel 86 van het EEG-Verdrag.

4.2. In strijd met de uitspraak van het College van 6 november 1991 heeft verweerder niet uiterlijk op 5 maart 1992 een beleid ontwikkeld voor een verdeling van de ruimte in de ether op grond van artikel 17 WTV. Bij ontstentenis van vastgestelde beleidsregels had de aanvraag van verzoekers moeten worden ingewilligd op basis van het uitgangspunt dat "wie het eerst komt, die het eerst maalt".

4.3. Met Nozema is door verzoekers reeds gedurende geruime tijd onderhandelingen gevoerd met betrekking tot de zenders te Rotterdam en Wieringermeer. Eerst tijdens een bespreking op 27 februari 1992 zijn verzoekers ervan in kennis gesteld dat een verdeling van de beschikbare restfrequenties over vier gegadigden zou plaatsvinden, waarbij de zender te Wieringermeer niet aan verzoekers zou worden toebedeeld. Deze gang van zaken is in strijd met het vertrouwensbeginsel.

4.4. Doordat zij als gevolg van het bestreden besluit geen gebruik kunnen maken van de zender Wieringermeer, derven verzoekers aanzienlijke inkomsten en lijden zij daarnaast onherstelbaar nadeel in die zin, dat verzoekers thans wordt onthouden zich met de aanleg en exploitatie van (ook) deze zender een (groter) aandeel op de markt van zenderexploitanten en -gebruikers te verwerven.

5. Het standpunt van verweerder

Ter zitting heeft verweerder de bestreden beschikking - samengevat weergegeven - als volgt nader toegelicht.

Op basis van onder meer het eind januari 1992 uitgebrachte rapport van de commissie- Donner heeft verweerder thans bepaalde voornemens betreffende de wijze van verdeling van de ruimte in de ether. Met de uitvoering van deze voornemens is nog enige tijd gemoeid. Het is de verwachting dat omstreeks 1 januari 1993 het toewijzingsbeleid op basis van artikel 17 WTV definitief kan worden vastgesteld. Teneinde gevolg te geven aan de uitspraak van het College van 6 november 1991 zijn de restfrequenties voor de periode tussen 6 maart 1992 en 1 januari 1993 in overleg met de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur tijdelijk verdeeld onder de gegadigden, die zich daarvoor tijdig hadden aangemeld. Deze verdeling heeft plaatsgevonden zonder enige inhoudelijke beoordeling, uitsluitend op basis van het aantal personen, dat met de uitzendingen kan worden bereikt (een gelijk publieksbereik). Bij de uiteindelijke toewijzing van de frequenties zullen populariteit en marktaandeel, mogelijkterwijls opgebouwd gedurende deze tijdelijke periode, geen rol spelen.

6. Het standpunt van CLT en RTO Rete Zero

Ter zitting hebben CLT, verzorgsters van het pro-

gramma RTL-radio, en RTO Rete Zero, verzorgster van het programma Radio 10, hun standpunt naar voren gebracht. Zij verzetten zich tegen toewijzing van het verzoek om schorsing c.q. het treffen van enige voorlopige voorziening.

Tevens hebben zij verzocht als rechtstreeks belanghebbende bij het aanhangige geschil te mogen tussenkomen en als partij in het geding te worden beschouwd.

7. Beoordeling van het verzoek tot tussenkomst

Aangezien artikel 54 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie niet ingevolge artikel 65 van die wet van overeenkomstige toepassing is op de in laatstvermelde bepaling geregelde procedure, ontbreekt in deze procedure de mogelijkheid derden toe te staan dat zij op de voet van eerstvermelde bepaling tussenkomen of zich bij een der partijen voegen, met als gevolg dat zij partij in het geding worden. Hieruit volgt dat het verzoek om te mogen tussenkomen van CLT en RTO Rete Zero in de onderhavige procedure niet voor inwilliging in aanmerking komt. Het is aan het College om, rechtdoende in de hoofdzaak, op dit verzoek een beslissing te nemen. Wel zijn de betrokken verzoekers in de gelegenheid gesteld hun standpunt ten aanzien van het verzoek om voorlopige voorziening zonder beperking aan de Voorzitter kenbaar te maken.

8. De beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening

8.1. Naar voorlopig oordeel moet worden betwijfeld of verzoekers sub 1 en 2 naast verzoekster sub 3 door de bestreden beschikking rechtstreeks in hun belang zijn getroffen en derhalve ontvankelijk zijn in het bij het College ingestelde beroep. De oprichting van verzoekster sub 3 als (volwaardig) rechtspersoon was immers ten tijde van het instellen van het beroep een feit. Nu aan de ontvankelijkheid van verzoekster sub 3 evenwel niet getwijfeld behoeft te worden, ziet de Voorzitter daarin geen aanleiding om verzoekers sub 1 en 2 niet in het verzoek om voorlopige voorziening te ontvangen.

8.2. Bij de bestreden beschikking heeft verweerder gevolg gegeven aan de hiervoor vermelde uitspraak van het College van 6 november 1991. Uit deze uitspraak kan, anders dan verzoekers menen, naar voorlopig oordeel niet worden afgeleid dat verweerder gehouden was de gevraagde machtiging aan verzoeker sub 3 te verlenen, indien vóór 6 maart 1992 geen definitief beleid voor de verdeling van de resterende ruimte in de ether zou zijn vastgesteld. Uit de uitspraak volgt dat de in artikel 17, lid 7, onder b, van de WTV vervatte weigeringsgrond zich voordoet, zolang het voor de verdeling der frequenties noodzakelijke beleid nog niet is

ontwikkeld en de tijd, die voor de ontwikkeling van dat beleid redelijkerwijs noodzakelijk moet worden geacht, nog niet is verstreken. Dit betekent dat deze weigeringsgrond met ingang van 6 maart 1992 is komen te vervallen.

Nu aan de thans bestreden beschikking die weigeringsgrond evenwel niet ten grondslag ligt, kan het betoog van verzoekers dat deze beschikking niet is gegeven met inachtneming van vorenbedoelde uitspraak naar voorlopig oordeel geen doel treffen.

8.3. Verzoekers hebben voorts een aantal grieven voorgedragen, die betrekking hebben op de toepasselijkheid van de ROZ-wet in de onderhavige situatie en de positie van Nozema. Deze grieven, die vragen van principiële aard aan de orde stellen, lenen zich niet voor beoordeling in de onderhavige procedure en leiden reeds om die reden niet tot toewijzing van het verzoek om voorlopige voorziening. Met dat verzoek beogen verzoekers overigens ook niet hierover thans en slechts voorlopig uitsluitsel te krijgen. In verband hiermee hebben zij hun verzoek ook beperkt tot de zender in Wieringermeer.

8.4. Hun belang bij het reeds thans kunnen doen verzorgen van uitzendingen via deze zender, waartoe zij naar moet worden aangenomen van de diensten van Nozema gebruik zullen maken, hebben verzoekers aangegeven als in de eerste plaats van financiële aard (inkomstenderving). Daarnaast hebben zij gewezen op het belang om hun positie op de markt van zenderexploitanten te vestigen c.q. te versterken.

8.5. Het aldus door verzoekers aangegeven belang bij de gevraagde voorlopige voorziening is naar het oordeel van de Voorzitter, gelet op de overige betrokken belangen, waaronder het belang van RTO Rete Zero, die reeds haar programma via de frequentie van de zender in Wieringermeer uitzendt en daartoe de nodige kosten heeft gemaakt, en gelet op hetgeen hiervoor is overwogen onder 8.3., niet voldoende zwaarwegend om het schorsen van de bestreden beschikking of het treffen van de gevraagde voorlopige voorzieningen te rechtvaardigen. Niet is gebleken dat het gestelde financiële belang te zijner tijd, indien het College, rechtdoende in de hoofdzaak, tot het oordeel zou komen dat verzoekers ten onrechte de gevraagde machtiging voor de zender in Wieringermeer is onthouden, niet zou zijn veilig te stellen door middel van het instellen van een vordering tot vergoeding van schade tegen verweerder. Bovendien moet hier het tijdelijke karakter van de bestreden beschikking in aanmerking worden genomen, in verband waarmee het uitgesloten moet worden geacht dat een zender, als door verzoekers gewenst, binnen de gegeven tijd kan worden gerealiseerd. Voorts heeft verweerder uitdrukkelijk te kennen gegeven dat, zo het voor degene, die thans gebruik maakt van de

zender in Wieringermeer, al mogelijk is om zich in de korte periode tot aan de uiteindelijke uitgifte van de restfrequenties een positie op de betrokken markt te verwerven, het aldus verworven markt-aandeel geen rol zal spelen bij die uitgifte.

Het vorenoverwogene leidt tot de conclusie dat voor inwilliging van het verzoek om schorsing c.q. het treffen van een voorlopige voorziening geen plaats is.

9 Beslissing

De Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven:

wijst het verzoek om voorlopige voorziening af. Aldus gewezen door mr. R.W.L. Loeb, waarnemend Voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 29 juni 1992.

7. Afdeling Rechtspraak Raad van State 19 maart 1993, nr. R01.92.0503/Q01

1. BV Particuliere Zender Exploitatiemaatschappij De Vrije Ether te Amsterdam,

2. Mr. A.W. Hins en mr. P.B. Hugenholtz, beiden te Amsterdam zowel voor zichzelf als in hun hoedanigheid van oprichters van De Vrije Ether, vertegenwoordigd door adv. mr. A.J.H.W.M. Versteeg, te Amsterdam,

3. Northsea Media te Halden (Noorwegen) en

4. Pacific Public Radio Inc. te Long Beach (Cal., VS van Amerika), vertegenwoordigd door adv. mr. E.P.A. Keyzer, te Amsterdam,

5. De vereniging Organisatie van Lokale Omroepen in Nederland (OLON) te Nijmegen, en

6. De Stichting Amsterdamse Lokale en regionale Televisie-Omroep (Salto) te Amsterdam, vertegenwoordigd door dr. N.A.N.M. van Eijk, gemachtigde, appellanten tegen

De minister van Verkeer en Waterstaat, verweerder, vertegenwoordigd door mr. M.B. de Witte van den Haak en mr.dr.s. C.M. Bitter, beiden advocaat te 's-Gravenhage.

Bij besluit van 5 maart 1992, kenmerk: HDTP/H/5997/HdW, heeft verweerder de Nederlandsche Omroep Zendermaatschappij NV (Nozema), goedkeuring verleend op grond van art. 2 onder 7 Radio-Omroepzenderwet 1935 de vijf beschikbare FM-restfrequenties voor radio voorsnog voor de periode tot en met 31 dec. 1992 te deblokkeren en vrij te geven voor uitzending van in overeenstemming met de Mediawet uitgezonden radio-omroepprogramma's van buitenlandse omroepinstellingen.

Tevens werd daarin bepaald dat bedoelde goedkeuring vervalt met ingang van 1 jan. 1993, of zoveel later als over verdeling van etherfrequenties op basis van door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, in overeenstemming met de minister van Verkeer en Waterstaat op te stellen beleidsregels, is beslist.

Het besluit is aan deze uitspraak gehecht.

Tegen dit besluit hebben appellante sub 1 bij schrijven van 12 maart 1992, appellanten sub 2 bij schrijven van 6 april 1992, appellanten sub 3 en 4 bij schrijven van 19 maart 1992 en appellanten sub 5 en 6 bij schrijven van 2 april 1992, resp. ingekomen bij de RvS op 17 maart 1992, 7 april 1992, 20 maart 1992 en 3 april 1992, beroepen op grond van de Wet Arob ingesteld bij de Afdeling rechtspraak. De beroepschriften en de nadere motivering van het beroep van appellanten sub 3 en 4 zijn aan deze uitspraak gehecht.

Tevens hebben appellanten sub 1, 2, 5 en 6 verzoekt om versnelde behandeling van hun beroep als bedoeld in art. 117 eerste lid Wet RvS.

De door appellanten sub 1, 3, 4, 5 en 6 ingediende verzoeken om toepassing van art. 107 Wet RvS ten aanzien van het besluit van 5 maart 1992, kenmerk: HDTP/H/5997/HdW, zijn ingetrokken, resp. bij beschikkingen van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak inzake nrs. S01.92.0131 en S01.92.0148, op 6 april en 12 mei 1992 afgewezen. Het geschil is op 5 nov. 1992 behandeld in een openbare vergadering van de Afdeling rechtspraak, waarin appellanten en verweerders, bij monde van hun vertegenwoordigers, hun standpunten nader hebben uiteengezet.

In rechte

Ten aanzien van het verzoek om versnelde behandeling

Op grond van hetgeen appellanten sub 1, 2, 5 en 6 in hun beroepschriften en ter zitting ter zake hebben aangevoerd, oordeelt de Afdeling rechtspraak dat appellanten er belang bij hebben dat spoedig uitspraak wordt gedaan in het onderhavige geschil. Nu voorts een versnelde behandeling van de zaak geen onevenredig nadeel meebrengt in verhouding tot de daardoor te dienen belangen, ziet de Afdeling rechtspraak geen aanleiding om alsnog aan de art. 75, 76 en 77 eerste en tweede lid RvS toepassing te geven.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van appellante sub 5

Ingevolge art. 7 eerste lid Wet Arob kan de natuurlijke of rechtspersoon, die door een beschikking rechtstreeks in zijn belang is getroffen, daartegen bij de Afdeling rechtspraak beroep instellen.

Blijkens art. 3 van haar statuten stelt deze appellante zich ten doel:

a. de bevordering van lokale omroep in de ruimste zin des woords, in het algemeen en de spreiding

daarvan over heel Nederland, binnen het kader van terzake geldende wetgeving;

b. overleg, samenwerking en dienstverlening bij de ontwikkeling en uitbouw van lokale omroep.

Naar het oordeel van de Afdeling rechtspraak is deze appellante door het bestreden besluit, dat ertoe strekt een vijftal etherfrequenties op de FM-band te deblokken en te verdelen over een drietal gegadigden, appellante niet rechtstreeks in haar belang getroffen.

De enkele omstandigheid dat de bedoelde frequenties wellicht ten gevolge van het bestreden besluit niet meer kunnen worden aangewend ten behoeve van lokale omroepinstellingen, welke op grond van art. 4 van genoemde statuten als enigen toegelaten kunnen worden als leden van appellante, is onvoldoende om een zodanig belang aanwezig te achten. Wel kan een individueel lid van appellante, dat aan verweerder toewijzing van een etherfrequentie heeft gevraagd, zoals i.c. appellante sub 6, door het bestreden besluit in zijn belang zijn getroffen. Gelijk de Afdeling rechtspraak eerder overwoog in Haar uitspraak van 29 okt. 1985, inzake nr. R03.84.0547, ten name van de Algemene Nederlandse Kappersorganisatie, alsmede in de uitspraak van 25 febr. 1986, AB 1988, 11, inzake de Vereniging Verenigde Nederlandse Slijters-Wijnhandelaren, brengt de omstandigheid dat één of meer individuele leden van een organisatie met een statutaire doelstelling, zoals die van appellante, nadelige gevolgen ondervinden van een bepaalde beslissing, niet met zich dat daarmee het belang van die organisatie in het geding is.

Voor het overige heeft appellante in de stukken en ter zitting geen omstandigheden naar voren gebracht, waaruit zou moeten worden afgeleid dat zij door het bestreden besluit rechtstreeks in haar belang is getroffen.

Mitsdien kan zij niet in haar beroep worden ontvangen.

Ten aanzien van de zaak ten gronde

In geschil is de bij het bestreden besluit getroffen tijdelijke verdeling, hangende het treffen van een definitieve verdeling, van vijf frequenties op de FM-band over appellanten sub 1 en 2, RTO Rete Zero en RTL 4-radio, ten behoeve van het relayeren van buitenlandse radioprogramma's. Deze frequenties, welke slechts gebruikt kunnen worden vanaf de in het bestreden besluit vermelde zenderlokaties, waren ten tijde van dit besluit de enige nog beschikbare FM-frequenties en worden deswege door partijen aangeduid als restfrequenties.

Tevens is in geschil de intrekking bij het bestreden besluit van het besluit van verweerder van 12 juli 1991, inhoudende een verbod aan de Nozema NV de restfrequenties aan te wenden in het kader van de uitoefening van haar voorkeursrecht.

Appellanten sub 1 en 2 hadden verzocht om toe-

wijzing van de frequentie 102,7 Mhz met zenderlokatie Rotterdam en de frequentie 102,5 Mhz met zenderlokatie Wieringermeer, ten behoeve van het relayeren van het programma van Sky Radio. De laatstgenoemde restfrequentie is bij het bestreden besluit evenwel, samen met twee andere van de vijf restfrequenties, aan RTO Rete Zero toegewezen.

Appellanten sub 3 en 4 richten hun bezwaren vooral tegen het onderdeel van het bestreden besluit, waarbij verweerder is overgegaan tot intrekking van zijn besluit van 12 juli 1991.

Voor deze appellanten, die moeten worden aangemerkt als concurrenten van de gegadigden, aan wie bij het bestreden besluit de restfrequenties zijn toegewezen, waren ten gevolge van dit besluit geen etherfrequenties meer beschikbaar voor het relayeren van buitenlandse programma's. Naar hun mening had verweerder de op 12 juli 1991 aan de Nozema NV opgelegde blokkade dienen te handhaven tot een definitieve regeling was getroffen voor de verdeling van de in Nederland beschikbare etherfrequenties.

Het belang van appellante sub 6 is hierin gelegen, dat zij met de Nozema NV in onderhandeling is geweest omtrent het gebruik van één van de vijf restfrequenties.

Evenals het eerdergenoemde besluit van 12 juli 1991 is het bestreden besluit gebaseerd op art. 2 zevende lid Radio-Omroepzenderwet 1935 (ROZ), dat luidt: De golflengte en de energie, waarmede uitgezonden wordt, behoeven de goedkeuring van Onze minister van Verkeer en Waterstaat.

In Haar uitspraak van heden, nr. R01.91.3276/Q01, inzake het beroep van appellanten sub 1 en 2 tegen het ongegrond verklaren van hun bezwaren tegen het besluit van 12 juli 1991, welke uitspraak aan deze uitspraak is gehecht, (zie AB 1993, 32), heeft de Afdeling rechtspraak geoordeeld dat verweerder zonder goede gronden heeft aangenomen dat ten tijde van de bestreden beschikking de ROZ van toepassing was op het relayeren van buitenlandse omroepprogramma's, zulks onder verwijzing naar een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 27 jan. 1993, in zaak nr. 91/1633/090/195, gewezen tussen appellanten sub 2 en verweerder (zie AB 1993, 31).

Hieruit volgt dat het bestreden besluit een deugdelijke motivering mist.

Gelet hierop behoeft hetgeen partijen hebben aangevoerd geen bespreking meer.

Onder deze omstandigheden is de Afdeling rechtspraak van oordeel dat het bestreden besluit in strijd is met het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur dat een beschikking moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde en voor de betrokkene kenbare motivering.

Dit besluit moet dan ook worden vernietigd op de

grond genoemd in art. 8 eerste lid onder d Wet Arob.

Uitspraak

De RvS, Afdeling rechtspraak;

Gezien de Wet Arob en de Wet RvS;

Recht doende:

I. verklaart appellante sub 5 niet-ontvankelijk in haar beroep;

II. vernietigt het besluit van de minister van Verkeer en Waterstaat van 5 maart 1992, kenmerk: HDTP/H/5997/HdW;

III. gelast dat de Staat (het Ministerie van Verkeer en Waterstaat) aan appellanten sub 1 t/m 4 en sub 6 het door hen gestorte recht (f 150) vergoedt.

8. Afdeling Rechtspraak Raad van State 19 maart 1993, nr. R01.91.3276/Q01

1. A.W. Hins;

2. P.B. Hugenholz, beiden te Amsterdam, en

3. BV Particuliere Zender Exploitatiemaatschappij De Vrije Ether te Amsterdam, appellanten, vertegenwoordigd door adv. mr. A.J.H.W.M. Versteeg, te Amsterdam, tegen

De minister van Verkeer en Waterstaat, verweerder, vertegenwoordigd door mr. drs. C.M. Bitter en mr. M.B. de Witte-van den Haak, beiden advocaat te 's-Gravenhage.

Bij ongedateerd schrijven, kennelijk van 12 juli 1991, kenmerk: HDTP/O/83220, gericht aan de Nederlandsche Omroep-Zendermaatschappij NV (Nozema) (Nozema), heeft verweerder medegedeeld dat Nozema voorlopig geen restfrequenties meer mag aanwenden in het kader van de uitoefening van haar voorkeursrecht als bedoeld in art. 2 vierde lid Radio Omroep Zenderwet 1935.

Bij brief van 12 juli 1991, kenmerk: 91-0-1151-U heeft Nozema appellanten de inhoud van de brief van de minister, voornoemd, medegedeeld en te kennen gegeven dat in afwachting van een door de overheid nieuw te ontwikkelen toelatingsbeleid van de omroep tot de ether, zij de restfrequenties niet kan gebruiken.

Bij schrijven van 12 aug. 1991 hebben appellanten tegen de brief van de minister, voornoemd, kenmerk: HDTP/O/83220, beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak, welk schrijven met toepassing van art. 11 (oud) eerste lid Wet Arob aan de minister van Verkeer en Waterstaat is gezonden. Het beroepschrift is als bezwaarschrift aangemerkt en als zodanig in behandeling genomen.

Bij besluit van 5 nov. 1991, kenmerk: HDTP/O/96631.JZ, heeft verweerder zijn beschikking van 12 juli 1991, kenmerk: HDTP/O/83220, gericht aan Nozema, gehandhaafd.

Het besluit is aan deze uitspraak gehecht.

Tegen dit besluit hebben appellanten bij schrijven gedateerd 4 dec. 1991, ingekomen bij de RvS op 5 dec. 1991, beroep op grond van de Wet Arob ingesteld bij de Afdeling rechtspraak.

Het beroepschrift is aan deze uitspraak gehecht.

Tevens hebben appellanten verzocht om versnelde behandeling van hun beroep als bedoeld in art. 117 eerste lid Wet RvS.

Het geschil is op 5 nov. 1992 behandeld in een openbare vergadering van de Afdeling rechtspraak, waarin appellanten en verweerder, bij monde van hun vertegenwoordigers, hun standpunten nader hebben uiteengezet.

In rechte

Ten aanzien van het verzoek om versnelde behandeling

Op grond van hetgeen appellanten in hun beroepschrift en ter zitting ter zake hebben aangevoerd, oordeelt de Afdeling rechtspraak dat appellanten er belang bij hebben dat spoedig uitspraak wordt gedaan in het onderhavige geschil.

Nu voorts een versnelde behandeling van de zaak geen onevenredig nadeel meebrengt in verhouding tot de daardoor te dienen belangen, ziet de Afdeling rechtspraak geen aanleiding om alsnog aan de art. 75, 76 en 77 eerste en tweede lid Wet RvS toepassing te geven.

Ten aanzien van de zaak ten gronde

Ingevolge art. 17 eerste lid Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV), voor zover te dezen van belang, is het verboden radio-elektrische zendinrichtingen aan te leggen, aanwezig te hebben of te gebruiken, tenzij met machtiging van de minister van Verkeer en Waterstaat.

Ingevolge art. 17 zevende lid van deze wet, wordt een machtiging geweigerd indien:

a. verlening daarvan in strijd zou zijn met de krachtens het vierde lid gestelde regels;

b. een doelmatig gebruik van de ether dit vordert;

c. een doelmatige verzorging van de telecommunicatie in het algemeen maatschappelijk en economisch belang dit vordert;

d. deze is gevraagd voor het verspreiden van programma's en de verlening in strijd zou zijn met de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 (Stb. 403) of daarvoor geen zendtijd is verkregen of geen toestemming is verleend krachtens de Mediawet.

Art. 1 Radio-Omroep-Zender-Wet 1935, zoals deze is gewijzigd bij Wet van 26 okt. 1988, Stb. 1988, 520 (ROZ), luidt als volgt:

"1. Onze minister van Binnenlandsche Zaken wordt gemachtigd om met inachtneming van de bepalingen dezer wet voor en namens den Staat der Nederlanden met de Algemeene Vereeniging "Radio Omroep" te Amsterdam, de stichting "Katholieke Radio Omroep" te Amsterdam, de Neder-

landsche Christelijke Radio Vereniging te Wageningen en de vereniging van Arbeiders Radio Amateurs te Hilversum, alle rechtspersoonlijkheid bezittende omroeporganisaties, een Naamlooze Vennootschap op te richten, genaamd "Nederlandse Omroep-Zender-Maatschappij "Nozema", welke ten doel heeft:

a. de aanleg en de exploitatie van aan de eisen des tijds voldoende zendingrichtingen voor omroepdoeleinden hier te lande ten behoeve van de uitzending van de programma's van personen en instellingen die zendtijd hebben verkregen, alsmede van zendingrichtingen hier te lande die bestemd zijn voor het uitzenden naar het buitenland van programma's van de Stichting Radio Nederland Wereldomroep;

b. het ter hand nemen van die werkzaamheden, welke met aanleg en exploitatie van deze zendingrichtingen direct verband houden of daaraan verwant zijn, en tevens dienstig zijn om het omroepwezen in Nederland te steunen of het doel, genoemd sub a, te bevorderen.

2. De Vennootschap is tevens bevoegd tot het verrichten van die taken, welke, niet liggende op het eigenlijk gebied der programma-verzorging en niet direct verband houdende met aanleg en exploitatie van de sub a genoemde zendingrichtingen, als voorwerp van samenwerking tusschen de omroeporganisaties te beschouwen zijn en overeenkomstig de statuten, zoals deze terzake luiden of zullen luiden, ter hand genomen kunnen worden. De vennootschap kan bij de uitvoering van de in het eerste lid onder a en b omschreven taken gebruik maken van de diensten van PTT Nederland NV of een dochtermaatschappij daarvan, zulks onder nader overeen te komen voorwaarden."

Art. 2 van deze wet, voor zover te dezen van belang, luidt als volgt:

"1 De Nederlandsche Omroep-Zender-Maatschappij is, zonder dat hiervoor een machtiging als bedoeld in art. 17 eerste lid WTV (Stb. 1988, 520), is vereischt, met uitsluiting van ieder ander belast met de aanleg en de exploitatie van de zendingrichtingen bedoeld in art. 1 eerste lid sub a. Zolang en voorzover de Nozema uitvoering geeft aan deze bepaling is zij verplicht door middel van door haar geëxploiteerde zendingrichtingen de programma's uit te zenden die haar in overeenstemming met het bepaalde in de Mediawet ter uitzending worden aangeboden door het Nederlands Omroepproductie Bedrijf NV, door instellingen die zendtijd hebben verkregen voor regionale omroep of lokale omroep en door de Stichting Radio Nederland Wereldomroep.

2 (...)

3 Zolang en voor zover de Nozema uitvoering geeft aan deze bepaling wordt dit beschouwd als een beletsel voor het verlenen van een machtiging

ingevolge art. 17 WTV voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van zendingrichtingen bedoeld in art. 1 sub a.

4 Geen op art. 17 WTV, gegronde machtiging voor aanleg en gebruik van een inrichting, bestemd voor anderen omroep dan in art. 1 sub a bedoeld zal worden verleend, dan nadat de Nozema in de gelegenheid is gesteld op grond van art. 1, tweede lid tot de aanleg en de exploitatie van deze inrichting te besluiten.

5 De bij of krachtens algemene maatregel van bestuur krachtens art. 17 WTV, te geven voorschriften zijn niet van toepassing op de inrichtingen, die door de Nozema worden aangelegd en geëxploiteerd.

6 (...)

7 De golflengte en de energie, waarmede uitgezonden wordt, behoeven de goedkeuring van Onze minister van Verkeer en Waterstaat.

8-11 (...)."

In geschil is het ongegrond verklaren van de bezwaren van appellanten tegen het besluit van verweerder van 12 juli 1991, inhoudende een verbod aan de Nozema restfrequenties aan te wenden in het kader van de uitoefening van haar voorkeursrecht.

Bij schrijven van 24 juli 1990 hebben appellanten verweerder om een machtiging, als bedoeld in art. 17 eerste lid WTV, verzocht, ten einde het programma van Sky Radio onverkort en gelijktijdig te heruitzenden (relayeren) op de frequenties 102,5 Mhz en 102,7 Mhz, door middel van nog op te richten zenders in resp. Wieringermeer en Rotterdam.

Appellanten hebben deze zenders en frequenties gekozen uit een opgave van verweerder van de nog beschikbare etherfrequenties op de FM-band en de zendlocaties, vanwaar op die frequenties kan worden uitgezonden. Het gaat daarbij in totaal om vijf nog beschikbare zenderlocaties met daarbij behorende etherfrequenties, de zogenaamde restfrequenties.

Bij brief van 18 sept. 1990 heeft verweerder appellanten medegedeeld dat pas tot verlening van een machtiging kan worden overgegaan, nadat Nozema in de gelegenheid is gesteld haar voorkeursrecht, neergelegd in art. 2 vierde lid ROZ, voor de aanleg en exploitatie van de gevraagde zenders uit te oefenen.

Bij brief van 21 dec. 1990 heeft Nozema aan verweerder medegedeeld gebruik te maken van haar voorkeursrecht. Daarop zijn onderhandelingen tussen appellanten en Nozema gevolgd. Bij brief van 12 juli 1991 heeft Nozema appellanten medegedeeld dat spoedig definitieve afspraken gemaakt zouden kunnen worden. Dit vooruitzicht werd aan betrokkenen ontnomen door het primaire besluit van gelijke datum, door partijen geduid als strek-

kende tot blokkering van de restfrequenties, dat bij het bestreden besluit gehandhaafd is. Zonder deze frequenties kunnen de genoemde zenders niet worden gebruikt.

Verweerder heeft zijn bevoegdheid tot het nemen van het in geding zijnde blokkeringsbesluit ontleend aan art. 2 zevende lid ROZ.

De Afdeling rechtspraak overweegt dienaangaande het volgende.

De bepalingen van de ROZ zijn, gelet op het bepaalde in art. 17 zevende lid onder d WTV, in samenhang met het bepaalde in art. 2 eerste derde en vierde lid ROZ alleen dan van toepassing op het aanleggen en exploiteren van een zender ten behoeve van het relayeren van buitenlandse programma's, indien deze activiteiten gebracht kunnen worden binnen de in art. 1 eerste en tweede lid ROZ gegeven doelomschrijving van Nozema. Niet in geschil is, dat deze activiteiten niet vallen onder de in art. 1 eerste lid onder a en b van laatstgenoemde wet omschreven werkzaamheden, waarnaar in het eerste en derde lid van art. 2 wordt verwezen en ten aanzien waarvan Nozema op grond van deze bepalingen een monopolie bezit.

Beslissend voor de vraag of verweerder bevoegd was tot het nemen van het bestreden besluit is derhalve, of de door appellanten beoogde activiteiten vallen onder het in art. 2 vierde lid jo. art. 1 tweede lid neergelegde voorkeursrecht van de Nozema. Blijkens de voorgeschiedenis van het bestreden besluit, zoals hierboven weergegeven en de aan dit besluit ten grondslag gelegde wetsbepaling, is verweerder hiervan kennelijk uitgegaan.

Bij uitspraak van 27 jan. 1993, in zaak Nr. 91/1633/090/195, gewezen tussen appellanten sub 1 en 2 en verweerder, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven beslist dat aan Nozema voor wat betreft het relayeren van buitenlandse programma's geen zodanig voorkeursrecht toekomt. Deze uitspraak is aan de voorliggende uitspraak gehecht.

In het geding bij de Afdeling rechtspraak is niet gerept van enig bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet opgeworpen gemeenschappelijk belang van de binnenlandse omroepen die zendtijd hebben verkregen. Voor het overige acht de Afdeling de overwegingen uiteengezet onder 6b van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven juist. Mitsdien neemt de Afdeling rechtspraak die overwegingen over en maakt ze tot de Hare.

De omstandigheid dat het door het College van Beroep voor het bedrijfsleven beslechte geschil betrekking op het relayeren van buitenlandse televisieprogramma's en het onderhavige op het relayeren van buitenlandse radioprogramma's, is hierbij niet van belang, aangezien in de desbetreffende wetsbepalingen, zoals hierboven weergege-

ven, geen onderscheid wordt gemaakt tussen deze twee programmasoorten.

Uit het vorenstaande volgt, dat verweerder zonder goede gronden heeft aangenomen dat ten tijde van de bestreden beschikking de ROZ op de onderhavige activiteiten van appellante van toepassing was.

Onder deze omstandigheden is de Afdeling rechtspraak van oordeel dat het bestreden besluit in strijd is met het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur dat een beschikking moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde en voor de betrokkene kenbare motivering.

Dit besluit moet dan ook worden vernietigd op de grond genoemd in art. 8 eerste lid onder d Wet Arob.

Gelet hierop behoeft hetgeen partijen hebben aangevoerd geen bespreking meer.

Ten overvloede merkt de Afdeling rechtspraak op dat uit het vorenstaande volgt dat verweerder ten onrechte naar aanleiding van het verzoek van appellanten van 24 juli 1990 om een machtiging, als bedoeld in art. 17 eerste lid WTB, Nozema in de gelegenheid heeft gesteld tot het uitoefenen van haar voorkeursrecht.

Verweerder had op bedoeld verzoek dienen te beslissen.

Uitspraak

De RvS, Afdeling rechtspraak;

Gezien de Wet Arob en de Wet RvS;

Recht doende:

I. vernietigt het besluit van de minister van Verkeer en Waterstaat van 5 nov. 1991, kenmerk: HDTP/0/96631-JZ;

II. gelast dat de Staat (het Ministerie van Verkeer en Waterstaat) aan appellanten het door hen gestorte recht (*f* 150) vergoedt.

9. Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 27 september 2003, no. 93/0805/090/195

Uitspraak op de voet van het bepaalde bij artikel 65 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie in de zaak van:

de Stichting Amsterdamse Lokale en Regionale Televisie- en Radio-Omroep (SALTO), verzoekster, gemachtigde: dr. N.A.N.M. van Eijk, secretaris van verzoekster,

tegen
de Minister van Verkeer en Waterstaat, te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigde: mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Het verloop van de procedure
Bij op 14 juli 1993 verzonden beschikkingen heeft

verweerder aan de vennootschap naar Luxemburgs recht Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion s.a. te Luxemburg (hierna:

CLT), de vennootschap naar Engels recht Sky Radio Ltd., te Londen (hierna: Sky Radio), en de vennootschap naar Italiaans recht RTO Rete Zero s.r.l., te Milaan (hierna: Rete Zero), onder het stellen van voorschriften en beperkingen, tijdelijke machtigingen verleend, als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: de WTV), voor de aanleg, het aanwezig hebben of het gebruik van een of meer zendingrichtingen voor nader genoemde FM-frequenties.

Tegen die beschikkingen heeft verzoekster bij een op 13 augustus 1993 ter griffie van het College ingekomen geschrift, dat nadien ter afhandeling als bezwaarschrift aan verweerder doorgezonden is, bezwaar gemaakt.

Bij een evenzeer op 13 augustus 1993 ingekomen brief heeft verzoekster de Voorzitter van het College verzocht bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat haar op gelijke wijze, als waarop bij de bestreden beschikkingen is beslist, wordt toegestaan via een zender - zodanig op te stellen dat de uitzendingen in de gemeente Amsterdam kunnen worden ontvangen - haar programma's uit te zenden, dan wel enige andere voorlopige voorziening te treffen als de Voorzitter geraden zal voorkomen. De Voorzitter heeft dat verzoek behandeld ter openbare terechtzitting van 13 september 1993, waar partijen hun standpunten bij monde van hun gemachtigden nader hebben toegelicht.

Tevens zijn gehoord namens CLT en Sky Radio mr. E.J. Dommering, advocaat te 's-Gravenhage, alsmede namens Rete Zero mr. P.R.M. van der Kroft, advocaat te Amsterdam.

2. De grondslag van het geschil

Blijkens de gedingstukken en het verhandelde ter zitting liggen aan het geschil de volgende feiten ten grondslag.

- Nederland heeft op grond van internationale overeenkomsten de beschikking over een aantal omroepfrequenties in de ether. Deze frequenties zijn grotendeels uitgegeven aan publieke omroep en de wereldomroep. Vijf frequenties (hierna: restfrequenties) zijn ongebruikt gebleven.
- Verzoekster, die een lokale omroep in Amsterdam exploiteert, maakt voor de uitzending van haar programma's via de ether gebruik van vier zenders met een laag vermogen.
- Op 17 januari 1990 heeft zij de Nederlandse Omroep-Zender-Maatschappij N.V. (hierna: Nozema) machtiging gevraagd voor een aanvullende zender voor het verzorgingsgebied Amsterdam.
- In overeenstemming met de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur heeft verweerder

besloten, met ingang van 12 juli 1991 voor de duur van de ontwikkeling van een verdelings- en toewijzingsbeleid, geen omroepfrequenties in gebruik te laten nemen, anders dan voor de binnenlandse publieke omroep en de Wereldomroep. Bij - de aan partijen bekende - uitspraak van 6 november 1991, nr. 91/2483/090/195, op het beroep van een zendermaatschappij tegen een beschikking van verweerder, waarbij - kortweg - een verzoek om machtiging, als voormeld, werd geweigerd, heeft het College die beschikking vernietigd wegens een motiveringsgebrek. Bij die uitspraak heeft het College tevens bepaald dat verweerder binnen vier maanden na verzending van de uitspraak een nieuwe beslissing neemt. In verband met het overleg dat met de Tweede Kamer der Staten-Generaal ter zake van het voormelde verdelings- en toewijzingsbeleid werd gevoerd, welk beleid onder meer inhoudt dat ter zake van de toewijzing van de restfrequenties een openbare inschrijving zal worden gehouden, achtte verweerder het niet mogelijk voor de afloop van de bij voormelde uitspraak van het College bepaalde termijn tot definitieve toewijzing van die frequenties over te gaan.

Naar aanleiding van voormelde uitspraak van het College heeft verweerder bij beschikking van 5 maart 1992 aan Nozema goedkeuring, als bedoeld in artikel 2, zevende lid, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 (hierna: ROZ), verleend om de voormelde restfrequenties te deblokken en deze, in afwachting van definitieve toewijzing op grond van het verdelings- en toewijzingsbeleid, tijdelijk vrij te geven voor de uitzending van de programma's van CLT (RTL 4), Sky Radio en Rete Zero (Radio 10).

Bij uitspraak van 19 maart 1993 heeft de Afdeling rechtspraak van de Raad van State voormelde beschikking van 5 maart 1992 vernietigd. Naar aanleiding van die uitspraak van de Afdeling rechtspraak heeft verweerder de bestreden beschikkingen gegeven.

3. De bestreden beschikkingen en het standpunt van verweerder

De bestreden beschikkingen, welke hier als herhaald en ingelast moeten worden beschouwd, zijn in afschrift aan deze uitspraak gehecht.

Ter zitting heeft verweerder onder meer medegedeeld dat het overleg met de Tweede Kamer ter zake van het voormelde verdelings- en toewijzingsbeleid op 8 september 1993 is afgerond.

Nog diezelfde maand zal met de openbare inschrijving voor de toewijzing van restfrequenties een aanvang kunnen worden gemaakt, zodat de definitieve toewijzing ervan in beginsel rond de jaarwisseling wordt verwacht. Verzoekster zal voor een zodanige toewijzing niet in aanmerking komen, aangezien de restfrequenties gereserveerd zijn

voor de commerciële omroep

De beschikbare frequenties zouden voor haar overigens niet bruikbaar zijn, aangezien deze de gemeente Amsterdam niet bestrijken. Verweerder heeft geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek.

4. De argumenten van verzoekster en haar nadere vordering

Verzoekster heeft ter ondersteuning van haar verzoek - kort en zakelijk samengevat - het volgende aangevoerd.

4.1. De bestreden beschikkingen zijn in strijd met het bepaalde bij artikel 70, eerste lid, van de WTV. Of schoon verweerder bekend was met een uit begin 1990) daterende aanvraag van verzoekster om aanvullende machtiging, heeft hij bij de bestreden beschikkingen aan haar geen, maar aan drie anderen wel machtiging verleend. Als gevolg daarvan is het verzoekster, die sinds 4 augustus 1988 beschikt over ingevolge de Mediawet toegevoerde zendtijd voor lokale omroep, niet mogelijk haar publieke omroepaak naar behoren te vervullen. Verzoekster beschikt thans niet over een voor de gemeente Amsterdam volledig dekkend net van etherfrequenties. Verzoekster betwijfelt voorts of wel is voldaan aan artikel 167a, jo. artikel 66 van de Mediawet. Uit de beschikkingen blijkt in ieder geval niet dat het hier om programma's

gaat die in het buitenland in overeenstemming met de daar geldende regelgeving als omroepprogramma's worden uitgezonden.

4.2. De bestreden beschikkingen zijn voorts in strijd met het bepaalde artikel 17, zevende lid, aanhef en onder b., c. en d., van de WTV. Aangezien de Mediawet aan lokale omroepen de mogelijkheid biedt voor uitzendingen via de ether, brengt een doelmatiger hergebruik mee dat hen voor zodanige uitzendingen dan ook etherruimte ter beschikking wordt gesteld.

Verlening van de machtigingen is in strijd met de ROZ, omdat verzoekster op grond van die Wet reeds bij de Nozema een aanvraag om aanvullende machtiging had ingediend.

4.3. Bij de totstandkoming van de bestreden beschikkingen is niet voldaan aan de daarvoor geldende formele vereisten, als bedoeld in hoofdstuk B van het Besluit radio-electrische inrichtingen.

De begunstigen hebben nimmer een formele aanvraag ingediend, althans is niet voldaan aan de geldende formele indieningsvereisten.

4.4. Bij de bestreden beschikkingen is ten onrechte niet gemotiveerd waarom verzoekster - die beschikt over voldoende financiële middelen en geschikte apparatuur om de gevraagde aanvullende machtiging binnen enkele dagen te kunnen benutten - niet voor een restfrequentie in aanmerking gekomen is. Overigens zijn er meer frequenties beschikbaar dan de in de beschikkingen vermelde

vijf FM-frequenties. Maar ook een of meer van die vijf frequenties had(den) voor verzoekster kunnen worden ingezet. Dat deze voor Amsterdam toepasbaar zijn blijkt uit een rapport van de T.U. Delft van november 1991.

4.5. De bestreden beschikkingen zijn, ten slotte, in strijd met het bepaalde bij de artikelen 10, 14 en 18 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Met die beschikkingen is de ingevolge voormeld artikel 10 vereiste pluriformiteit van informatievoorziening in elk geval niet gediend.

Verzoekster heeft haar vordering ter zitting aldus aangevuld dat de bestreden beschikkingen bij wege van voorlopige voorziening worden geschorst en dat zij, hangende de beslissing op bezwaar, voor één van de aldus vrijkomende restfrequenties in aanmerking zal worden gebracht.

5. Het standpunt van CLT, Sky Radio en Rete Zero
Ter zitting hebben CLT, Sky Radio en Rete Zero hun standpunt naar voren gebracht. Zij verzetten zich gemotiveerd tegen toewijzing van het verzoek om schorsing, dan wel het treffen van enige voorlopige voorziening.

6. De beoordeling

6.1. Voorzover verzoekster beoogd heeft te betogen dat verweerder op grond van de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 19 maart 1993 gehouden was verzoekster machtiging te verlenen, als gevraagd, volgt de Voorzitter haar niet in dat betoog, aangezien die uitspraak uitsluitend beruiste op de grond dat - kortweg - verweerder zonder goede gronden had aangenomen dat de ROZ van toepassing is op het relayeren van buitenlandse omroepprogramma's.

6.2. De Voorzitter volgt verzoekster evenmin in haar argument, vermeld onder 4.1. Voorshands valt immers in de tekst noch in de strekking van de WTV, waaronder met name het door verzoekster bedoelde artikellid, aanknopingspunt te vinden voor het oordeel dat aan verzoekster, wier programma's via de ether te ontvangen en te beluisteren zijn, op grond van de omstandigheid dat haar ingevolge de Mediawet zendtijd toegewezen is, de gevraagde aanvullende machtiging had moeten worden verleend.

De kennelijke wens van verzoekster om met de zender, waarvoor aanvullende machtiging is gevraagd, het bereik en de technische kwaliteit van haar programma-uitzendingen te vergroten, kan aan voormeld oordeel niet afdoen. Daartoe neemt de Voorzitter in aanmerking dat verzoekster in 1988 zelf voor haar huidige vier zenders met een laag vermogen gekozen heeft.

Voor wat betreft de gestelde strijd met artikel 70,

lid 1 WTV verwijst de Voorzitter overigens naar de overwegingen die het College daaraan in de reeds genoemde uitspraak van 6 november 1991 heeft gewijd. Met betrekking tot het betoog inzake artikel 167a, jo. artikel 66 van de Mediawet overweegt de voorzitter dat niet is gebleken dat het hier andere programma's zou betreffen dan die welke zijn genoemd in artikel 66, aanhef en onder b. van de Mediawet.

6.3. Voorshands faalt het argument van verzoekster, vermeld onder 4.2., evenzeer. Een doelmatig gebruik van de ether en een doelmatige verzorging van de telecommunicatie, als bedoeld in artikel 17, zevende lid, onder respectievelijk b. en c. van de WTV, vorderen naar voorlopig oordeel immers geenszins dat aan verzoekster - wier huidige vier zenders, naar onweersproken gesteld is, nagenoeg haar hele verzorgingsgebied bestrijken - ten koste van CLT, Sky Radio en Rete Zero, die voor uitzending via de ether van de onderhavige frequenties afhankelijk zijn, aanvullende machtiging zou moeten worden verleend. Voorzover verzoekster heeft beoogd de zender, waarvoor zij aanvullende machtiging heeft gevraagd, te gebruiken naast haar vier huidige zenders, zal de voor haar verzorgingsgebied dubbele dekking, welke dan ontstaat, gelet op de schaarste aan frequenties, veeleer het tegendeel van doelmatig ethergebruik doen vermoeden. Voor wat betreft het bepaalde onder d. van voormeld artikellid overweegt de voorzitter dat CLT, Sky Radio en Rete Zero ter zitting hebben medegedeeld dat voor het verspreiden van hun programma's toestemming ingevolge de Mediawet is verleend. Voorshands bestaat geen aanleiding die mededeling in twijfel te trekken.

6.4. Aan het argument van verzoekster, vermeld onder 4.3., gaat de Voorzitter, wat er van dat argument ook zij, voorbij, reeds omdat hoofdstuk B van het door verzoekster bedoelde Besluit geen bepaling bevat die voorschrijft dat een aanvraag moet worden afgewezen indien niet aan de formele vereisten is voldaan.

6.5. Het argument van verzoekster vermeld onder 4.4. faalt voorshands evenzeer. Aan de - aan verzoekster in afschrift toegezonden - bestreden beschikkingen is immers mede als uitgangspunt ten grondslag gelegd dat de onderhavige, na toedeling aan publieke omroep resterende vijf frequenties - welke volgens mededelingen ter zitting slechts een zeer gering percentage van de in Nederland voor omroep beschikbare etherfrequenties uitmaken - gereserveerd zijn voor de commerciële omroep. In dat - voorshands niet onjuist of onredelijk te oordelen - uitgangspunt ligt de impliciete afwijzing van de aanvraag van verzoekster, die niet een zodanige commerciële omroep exploiteert, voor wat betreft de restfrequenties reeds voldoende besloten.

Ten aanzien van het betoog dat een of meer van de

beschikbare frequenties wel degelijk had(den) kunnen worden ingezet voor Amsterdam, hetgeen zou blijken uit het door verzoekster overgelegde technische rapport, overweegt de voorzitter dat verweerder gemotiveerd heeft uiteengezet dat hiervoor een totale herschikking van frequenties noodzakelijk zou zijn, met verplaatsing van zenders naar een plaats die strijd met de Mediawet zou opleveren.

Er is geen aanleiding de juistheid van deze uiteenzetting in twijfel te trekken. Naar voorlopig oordeel van de voorzitter moet het betoog van verzoekster hierop afstuiten.

6.6. Van strijd van de bestreden beschikkingen met bepalingen van het EVRM, als vermeld onder 4.5. is de Voorzitter evenmin gebleken. Daargelaten of verzoekster, die ook zonder de gevraagde aanvullende machtiging gebruik maakt en mag maken van uitzending via de ether, als gevolg van de bestreden beschikkingen beperking zou ondervinden in haar recht op vrijheid van meningsuiting, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van dat verdrag, wordt daartoe meer in het bijzonder overwogen dat de laatste volzin van voormeld artikellid de Staten onder meer vrij laat radio-, omroep-, of televisieondernemingen aan een systeem van vergunningen te onderwerpen. In het onderhavige geval zijn de bestreden beschikkingen gegeven mede met het oog op eerlijke verdeling van - schaarse - etherruimte.

6.7. Anderszins is de Voorzitter evenmin gebleken van feiten of omstandigheden op grond waarvan geoordeeld moet worden dat onverkorte uitvoering van de bestreden beschikkingen, hangende de beslissing op het bezwaarschrift van verzoekster, voor haar onevenredig nadeel te weeg brengt in verhouding tot de met die uitvoering te dienen belangen. De Voorzitter neemt daarbij mede in aanmerking dat het hier gaat om een tijdelijke verdeling, welke binnen afzienbare termijn plaats zal maken voor een definitieve, mogelijk andere verdeling op grond van het inmiddels tot stand gekomen verdelings- en toewijzingsbeleid, en waaraan bovendien in het kader van die definitieve verdeling geen voorkeurspositie, dan wel verworven rechten kunnen worden ontleend. Aangezien CLT, Sky Radio en Rete Zero voorts hun programma's reeds enige tijd via de onderhavige restfrequenties uitzenden, en daartoe investeringen hebben gedaan, ziet de Voorzitter te minder aanleiding de status quo te doorbreken.

De conclusie luidt dat het verzoek om voorlopige voorziening niet voor toewijzing in aanmerking komt.

7. De beslissing

De Voorzitter wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

Aldus gewezen door mr. B. van Wagtenonk, als voorzitter, in aanwezigheid van mr. P.J. Schnezler, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 27 september 1993.

Verzonden op 13 okt. 1993

10. College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994 nr. 92/0866/090/195

Mr A.W. Hins en mr P.B. Hugenholtz, beiden te Amsterdam en handelende zowel voor zichzelf als voor de besloten vennootschap, "Particuliere Zender Exploitatiemaatschappij De Vrije Ether", verzoekers, gemachtigde: adv. mr A.J.H.W.M. Versteeg, te Amsterdam, tegen

De minister van Verkeer en Waterstaat, te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: adv. mr E.J. Daalder, te 's-Gravenhage, en J. de Wit, ambtenaar ten departemente.

1. Het verloop van de procedure

Bij beschikking van 5 maart 1992 heeft verweerder de aanvraag van verzoekers om een machtiging als bedoeld in art. 17 eerste lid Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV) voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van twee radiozenders, één in de prov. Noord-Holland, locatie Wieringermeer, en één in de prov. Zuid-Holland, locatie Rotterdam, afgewezen op de grond, genoemd in art. 17 zevende lid onder d WTV.

Bij een verzoekschrift, ter griffie ingekomen op 7 april 1992, hebben verzoekers tegen deze beschikking beroep ingesteld. Zij hebben daarbij gevorderd dat het college de bestreden beschikking vernietigt met veroordeling van verweerder in de kosten van de procedure. Tevens hebben zij zich bij een op 2 juni 1992 ingekomen verzoekschrift gewend tot de voorzitter van het college met het verzoek terzake een voorlopige voorziening te treffen. Dit verzoek is afgewezen bij uitspraak van de voorzitter van 29 juni 1992.

Verweerder heeft onder overlegging van de op de zaak betrekking hebbende stukken op 2 juli 1992 een verzoekschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

Het geschil is behandeld ter openbare terechtzitting van 18 nov. 1993. Bij die gelegenheid zijn verzoekers verschenen in de personen van A.W. Hins en P.B. Hugenholtz, bijgestaan door hun gemachtigde, en heeft verweerder zich doen vertegenwoordigen door zijn gemachtigden.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter openbare terechtzitting staan de volgende feiten en omstandigheden voor het college vast.

- Op 24 juli 1990 hebben verzoekers bij verweerder een aanvraag ingediend voor een machtiging krachtens art. 17 WTV voor de aanleg en exploitatie van één radiozender in Wieringermeer en één in Rotterdam ten behoeve van het via de FM-band onverkort en gelijktijdig heruitzenden (relayeren) van radioprogramma's, afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen, die in één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap gevestigd zijn, een en ander overeenkomstig het bepaalde bij art. 167A Mediawet. Op het moment van aanvraag was verzoekster sub 3 nog in staat van oprichting.

- Bij brief van 21 dec. 1990 heeft Nozema aan verweerder doen weten gebruik te willen maken van haar wettelijk voorkeursrecht en in principe bereid te zijn voor "De Vrije Ether" een tweetal radio-zenders op locaties in Noord- en Zuid-Holland aan te leggen en te exploiteren.

- In overeenstemming met de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (WVC) heeft verweerder besloten met ingang van 12 juli 1991 het gebruik van de nog beschikbare frequenties te "blokkeren" in afwachting van een door de minister van WVC te ontwikkelen toewijzingsbeleid voor de omroep in de ether, zoals door deze minister aangekondigd bij brief van dezelfde datum, gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

- Bij brief van 12 juli 1991 heeft Nozema aan verzoekers - samengevat - bericht wel bereid, maar niet in staat te zijn de bouw van de gevraagde zenders, waarvoor op dat moment de plannen grotendeels waren uitgewerkt, daadwerkelijk uit te voeren in verband met een door verweerder op die datum gelegde blokkade op de uitgifte van restfrequenties.

- Bij beschikking van 23 juli 1991 heeft verweerder vervolgens de aanvraag van verzoekers om machtiging afgewezen.

- Laatstvermelde beschikking is door het college bij uitspraak van 6 nov. 1991, zaaknr. 91/2483/090/195, vernietigd wegens een motiveeringsgebrek. Bij deze uitspraak heeft het college tevens bepaald dat verweerder binnen vier maanden na verzending van de uitspraak een nieuwe beslissing moet nemen met inachtneming van het in de uitspraak overwogene.

- De thans bestreden beschikking, waarbij de gevraagde machtiging opnieuw, zij het op een andere grond, is geweigerd, strekt ertoe gevolg te geven aan voormelde uitspraak van het college.

- De bestreden beschikking hangt samen met een beschikking van gelijke datum, waarbij door verweerder aan Nozema op grond van art. 2 onder f Radio-Omroepzenderwet 1935 (ROZ-wet) goedkeuring is verleend de volgende FM-frequenties met daarbij vermelde maximale uitzendvermogens te gebruiken:

"Hoogezand, 99.1. MHz, 1 kW;
Irnsum, 100.4 MHz, 50 kW;

Den Haag, 101.2 MHz, 10 kW;

Wieringermeer, 102.5 MHz, 50 kW; en

Rotterdam, 102.7 MHz, 50 kW."

Aan deze beschikking heeft verweerder de volgende bepalingen verbonden:

"Voor de uitzending van het Sky Radioprogramma, verzorgd door Sky Radio Ltd. te Londen, mag ten behoeve van de besloten vennootschap "Particuliere Zender Exploitatie Maatschappij De Vrije Ether" te Amsterdam de FM-frequentie 102.7 MHz te Rotterdam aangewend worden.

Voor de uitzending van het Radio 10-radioprogramma mogen ten behoeve van RTO Rete Zero SRL te Milaan de FM-frequentie 102.5 MHz te Wieringermeer, 99.1 MHz te Hoogezand en 100.4 Irnsum aangewend worden.

Voor de uitzending van het RTL4-radioprogramma mag ten behoeve van de Compagnie Luxembourgaise de Télédiffusion SA te Luxemburg de FM-frequentie 101.2 MHz te Den Haag aangewend worden.

De goedkeuring wordt verleend voor de aanwending, binnen een daarvoor benodigde redelijke termijn van de genoemde frequenties, overeenkomstig de voorgeschreven evenredige verdeling, voor de uitzending van het RTL4-, Sky Radio- en Radio-10-radio-omroepprogramma van resp. CLT SA te Luxemburg, Sky Radio Ltd. te Londen en RTO Rete Zero SRL te Milaan.

6. Deze goedkeuring vervalt met ingang van 1 jan. 1993, of zoveel later als verdeling van etherfrequenties op basis van door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, in overeenstemming met de minister van Verkeer en Waterstaat op te stellen beleidsregels, beslist is."

- Tegen dit besluit hebben verzoekers beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak.

Deze heeft bij uitspraak van 19 maart 1993 voormelde beschikking vernietigd. De Afdeling overwoog daarbij dat, gelet op de uitspraak van het college van 27 jan. 1993, nr. 91/1633/090/195, waarvan de Afdeling de overwegingen tot de Hare maakt, aan Nozema geen voorkeursrecht als omschreven in art. 2 vierde lid jo. art. 1 tweede lid Radio-Omroep Zenderwet (ROZ-wet) toekomt.

- Bij beschikking van 14 juli 1993 heeft verweerder de bovenschreven tijdelijke toestemming aan de NV Nozema ingetrokken en aan een drietal omroeporganisaties tot 1 okt. 1993 machtiging verleend voor het uitzenden van hun programma's, welke machtigingen onder meer betrekking hebben op de door verzoekers gevraagde frequenties. Aan verzoekers is machtiging geweigerd voor het gebruik van de frequenties 102.5 MHz en 102.7 MHz. Tegen deze beschikking hebben verzoekers

een bezwaarschrift ingediend bij verweerder.

3. De bestreden beschikking en het standpunt van verweerder

Bij de bestreden beschikking heeft verweerder - voor zover hier van belang - het volgende overwogen.

"De Nozema NV heeft reeds bij brief d.d. 12 juli 1991, kenmerk 91-0-1151-U, te kennen gegeven, ten behoeve van aanvraagster gebruik te maken van het haar op grond van art. 2 lid 4 Radio-Omroepzenderwet 1935, toekomend voorkeursrecht. De uitoefening van het voorkeursrecht door de Nozema NV levert een weigeringsgrond voor de verlening van een machtiging ex art. 17 Wet op de telecommunicatievoorzieningen op, omdat verlening van de machtiging aan aanvraagster strijd met de Radio-Omroepzenderwet 1935 zou betekenen.

Aangezien de Nozema NV gebruik maakt van het op grond van art. 2 lid 4 Radio-Omroepzenderwet 1935, aan haar toekomend voorkeursrecht, heb ik de Nozema NV op grond van art. 2 lid 7 Radio-Omroepzenderwet 1935 goedkeuring verleend tot gebruik van de vijf genoemde FM-restfrequenties met het vermelde maximum uitzendvermogen.

Voor de toewijzing van de vijf FM-restfrequenties zijn meerdere gegadigden. Bij de goedkeuringsbeslissing aan de Nozema NV heb ik aangegeven op welke wijze de vijf FM-restfrequenties door de Nozema NV aangewend mogen worden voor de uitzending van de programma's van de verschillende gegadigden. Voor tijdelijk gebruik van genoemde FM-frequenties door de Nozema NV te Zoetermeer, ten behoeve van de uitzending van uw programma, verwijs ik naar de beslissing op grond van art. 2 lid 7 Radio-Omroepzenderwet 1935, aan de Nozema NV. Zoals in genoemde brief is aangegeven, heb ik u - overeenkomstig de door u uitgesproken voorkeur tijdens het overleg op 27 febr. jl. - in aanmerking gebracht voor frequentiepakket Rotterdam. Een exemplaar van het verslag voeg ik hierbij.

Derhalve weiger ik op grond van art. 17 zevende lid onder d Wet op de telecommunicatievoorzieningen de door u gevraagde machtiging te verlenen.

U dient met de Nozema NV tot overeenstemming te komen over het tijdelijk gebruik van zenders voor de uitzending van het Sky Radio-programma van Sky Radio Ltd. te Londen.

Indien de Nozema NV alsnog zou afzien van uitoefening van het voorkeursrecht voor de aanleg en exploitatie van een zender ten behoeve van de uitzending van het programma van aanvraagster of bij de uitoefening van het voorkeursrecht in gebreke blijft, dan ben ik bereid alsnog een machtiging voor tijdelijke duur op grond van art. 17 Wet op de telecommunicatievoorzieningen aan aanvraagster

te verlenen, onder nader te stellen voorschriften, tenzij zich een van de andere weigeringsgronden van art. 17 Wet op de telecommunicatievoorzieningen zou voordoen."

Ter zitting heeft verweerder naar aanleiding van de uitspraak van 27 jan. 1993 nog naar voren gebracht dat hij zich refereert aan het oordeel van het college, evenwel onder het maken van de volgende opmerkingen.

"1. Tussen 1969 en 1982 kende de ROZ-wet een art. 2bis. Dat artikel luidde als volgt:

"Geen concessie als bedoeld in art. 3 Sexies van de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 (Stb. nr. 7) zal worden verleend dan nadat aan Nozema de gelegenheid is geboden deze te verwerven. Dit recht van voorkeur kan de Nozema mede doen gelden ten behoeve van de aanleg en de exploitatie van draadomroepinrichtingen ten doel hebbende naamloze vennootschap, waarin de Nozema deelneemt." Bij de totstandkoming van dit wetsartikel heeft de regering onder meer het volgende gezegd:

"Voor wat betreft de aanleg van het CAS ligt het in de verwachting, dat deze om te beginnen zal plaatsvinden in steden en andere dichtbevolkte kernen in de Randstad Holland, omdat in dit gebied de doorgifte van buitenlandse TV-uitzendingen zal vormen."

II 1965-1966, 8408, nr. 5, p. 2-3
en

"Naar de mening van de bewindsman ligt deze prioriteit voor de hand, omdat aanleg en exploitatie van een zodanig systeem taken vormen die nageoeg equivalent zijn aan de hoofdtaken van de Nozema in de uitzending van programma's."

II 1967-1968, 8406, nr. 10, p. 3

"De bewindsman wees erop dat krachtens de Radio Omroep Zenderwet 1935 aan de Nozema een taak op het gebied van de technische verzorging ten behoeve van het omroepbestel in de meest ruime zin is toevertrouwd."

Idem, p. 4

Uit deze passages blijkt dat de regering bij de totstandkoming van art. 2bis ROZ-wet er in ieder geval van uit ging dat Nozema wel de aanleg en exploitatie van zenders ten behoeve van buitenlandse programma's zou mogen verzorgen. De vraag laat zich dan stellen hoe een en ander in overeenstemming is te brengen met het feit dat het uitzenden van buitenlandse programma's geen "voorwerp van samenwerking" van omroeporganisaties zou zijn.

2. Indien het uitzenden van buitenlandse (commerciële) (en de binnenlandse commerciële programma's) programma's niet tot de taak van Nozema behoort welke "andere omroep" als bedoeld in art. 2 lid 4 ROZ-wet blijft er dan nog wel voor Nozema over? Daarover bestaat thans in ieder geval geen duidelijkheid.

3. Men zou zelfs zover kunnen gaan door te stellen dat als Nozema niet bevoegd is tot het technisch verzorgen van dergelijke uitzendingen zij dit ook niet op vrijwillige basis zou mogen doen. Dat zou tot de maatschappelijk onaanvaardbare situatie leiden dat er wellicht geen behoorlijke technische mogelijkheden bestaan om programma's van buitenlandse omroepinstellingen via de ether te verspreiden."

Met betrekking tot het verzoek om schadevergoeding heeft verweerder verklaard dat enige indicatie omtrent de omvang van die schade ontbreekt hetgeen zijns inziens in strijd is met een goede procesorde. Voorts is verweerder van mening dat voor toewijzing van enigerlei vorm van schadevergoeding geen aanleiding is: zo de gewraakte motivering niet aan de beschikking ten grondslag zou zijn gelegd zou de beslissing niet anders hebben geluid, te weten dat de frequentie Rotterdam voor het programma van Sky Radio (al dan niet via De Vrije Ether) beschikbaar zou zijn gekomen.

4. De argumenten van verzoekers

Verzoekers hebben gewezen op de in rubriek 2 vermelde uitspraken van de Afdeling rechtspraak en het college. Uit de motivering van deze uitspraken volgt dat ook de thans bestreden beschikking niet in stand kan blijven, omdat het college heeft vastgesteld dat Nozema terzake van het relayeren van programma's van buitenlandse omroepinstellingen geen voorkeursrecht toekomt. Verzoekers menen voorts dat verweerder de gevraagde machtiging had moeten verlenen. Zij wijzen er op dat verweerder zelf in zijn bestreden beschikking verklaart dat hij in het geval Nozema haar voorkeursrecht niet of gebrekkig zou uitoefenen bereid is een tijdelijke machtiging te verlenen, tenzij zich een van de andere weigeringsgronden van art. 17 WTV zou voordoen. Dat laatste was volgens verzoekers niet het geval. Ten tijde van de aangevallen beschikking was er slechts een gering aantal gegadigden voor een zendmachtiging. Verzoekers hebben schade ondervonden als gevolg van het bestreden besluit, onder meer omdat zij tegen absurd hoge prijzen moesten huren van Nozema, omdat zij de zender uitsluitend mochten gebruiken voor het relayeren van het programma van Sky Radio Plc., hetgeen een prijsdrukkend effect had en omdat zij niet de beschikking kregen over de zender Wieringermeer. Verzoekers hebben hun vordering aldus aangevuld dat het college bepaalt als voorzien in art. 60 Wet Arbo, zoals die luidde tot 1 jan. 1994.

5. De beoordeling van het geschil

Met ingang van 1 jan. 1994 is de Awb in werking getreden en de Wet administratieve rechtspraak

bedrijfsorganisatie gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht brengen echter mee dat op het onderhavige beroep moet worden beslist met toepassing van het recht zoals dat gold vóór 1 jan. 1994, behoudens ten aanzien van de vordering tot vergoeding van proceskosten.

Bij uitspraak van 27 jan. 1994 in de zaak nr. 91/1633/090/195 gewezen tussen partijen heeft het college beslist dat aan Nozema voor wat betreft het relayeren van buitenlandse programma's niet ingevolge art. 2 vierde lid jo. art. 1 tweede lid ROZ-wet een voorkeursrecht toekomt. Hetgeen van de kant van verweerder op dit punt ter zitting naar voren is gebracht heeft het college niet tot een andere opvatting terzake kunnen brengen. Met name ziet het college geen aanleiding zijn in voormelde uitspraak neergelegde oordeel te wijzigen op de grond dat ook reeds een van verweerders ambtsvoorgangers - naar het college overigens ten tijde van meergenoemde uitspraak bekend was - blijkens zijn opmerkingen in het kader van de wijziging van de Telegraaf- en Telefoonwet 1904, bij Wet van 8 okt. 1969, Stbl. 468, verband houdende met de invoering van een centraal antenne systeem, als zijn opvatting heeft doen blijken dat aan Nozema een voorkeursrecht toekwam voor het inrichten en exploiteren van zendapparatuur voor het doorgeven van buitenlandse uitzendingen. Deze opvatting, wat daar overigens van zij, roept bij het college geen twijfel op omtrent de juistheid van zijn in de uitspraak van 27 jan. 1993 neergelegde oordeel. Dat geldt evenzeer voor de door verweerder, blijkens zijn betoeg ter zitting, gevreesde consequenties van die uitspraak.

Uit het vorenstaande volgt dat verweerder zijn afwijzing van de aanvraag om een machtiging ten onrechte heeft gegrond op de overweging dat de Nozema gebruik maakt van haar voorkeursrecht. De bestreden afwijzing is derhalve in strijd met het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur dat een beschikking moet kunnen worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering.

De beschikking moet mitsdien worden vernietigd op de grond, genoemd in art. 5 onder d Wet Arbo. Aangezien verweerder reeds bij beschikking van 14 juli 1993 omtrent het door verzoekers gevraagde met inachtneming van het hiervoorverwogene een nieuwe beschikking heeft gegeven ziet het college geen aanleiding om te bepalen dat verweerder opnieuw op de aanvraag moet beslissen.

Het college acht gelet op art. 8:75 Awb termen aanwezig om, nu verweerder in het ongelijk is gesteld, de Staat te verwijzen in de kosten welke verzoekers in verband met dit geding hebben gemaakt, welke met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden vastgesteld op f

1420. Voorts dient ingevolge art. 56 zesde lid Wet Arbo te worden bepaald dat de Staat aan verzoekers het door hen gestorte griffierecht vergoedt.

Met betrekking tot de vordering van verzoekers de Staat te veroordelen tot vergoeding van de door hen als gevolg van de bestreden beschikking geleden schade overweegt het college als volgt. Verweerder heeft, zoals hiervoor reeds is aangegeven, op 14 juli 1993 met inachtneming van de uitspraken van het college en van de Afdeling rechtspraak een nieuwe beslissing genomen omtrent de toewijzing van de door verzoekers gevraagde frequenties, tegen welke beschikking door verzoekers wederom een bezwaarschrift is ingediend waarop inmiddels is beslist. Tegen die afwijzende beslissing is door verzoekers beroep ingesteld bij het college. Het college acht het wenselijk om eerst nadat in die zaak uitspraak is gedaan te bepalen of en zo ja in hoeverre in dit geval toepassing dient te worden gegeven aan het bepaalde bij art. 60 Wet Arbo. Gezien het vorenstaande wordt beslist als volgt.

6. De beslissing

Het college;

- vernietigt de beschikking van verweerder van 5 maart 1992, met het kenmerk HDTP/H/6000/EZ;
- bepaalt dat niet opnieuw in de zaak behoeft te worden voorzien;
- verstaat dat het door verzoekers betaalde griffierecht ad f 150 door de Staat aan hen wordt vergoed;
- veroordeelt verweerder overeenkomstig art. 8:75 Awb, in samenhang met het Besluit proceskosten bestuursrecht tot vergoeding van de door verzoekers gemaakte proceskosten, begroot op f 1420;
- houdt de beslissing omtrent schadevergoeding als bedoeld in art. 60 Wet Arbo aan tot na het tijdstip waarop omtrent de beschikking van 14 juli 1993 uitspraak zal zijn gedaan;
- wijst af het meer en anders gevorderde.

11. College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994. 92/0865/090/195

Uitspraak in de zaak van:

mr. A.W. Hins en mr. P.B. Hugenholtz, beiden wonende te Amsterdam en handelende zowel voor zichzelf als voor de besloten vennootschap "Particuliere Zender Exploitatiemaatschappij De Vrije Ether", verzoekers gemachtigde: mr. A.J.H.W.M. Versteeg, advocaat te Amsterdam,

tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, te 's Gravenhage, verweerder, gemachtigden: mr. E.J. Daalder, advocaat te 's Gravenhage, en J. de Wit, ambtenaar ten departemente.

1. Het verloop van de procedure

Bij een verzoekschrift, ingekomen ter griffie van het College op 7 april 1992, hebben verzoekers beroep ingesteld tegen de weigering van verweerder binnen vier maanden na de uitspraak van het College van 6 november 1991 in de zaak no. 91/2483/090/191 een definitieve beslissing te nemen op hun aanvraag om een machtiging als bedoeld in artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: de WTV) als omschreven in die uitspraak. Verzoekers hebben daarbij gevorderd dat het College de weigering vernietigt onder veroordeling van verweerder tot vergoeding van of tot betaling van een tegemoetkoming in de schade die verzoekers door de weigering hebben geleden alsmede in de kosten van de procedure.

Op 2 juli 1992 heeft verweerder, onder overlegging van de op de zaak betrekking hebbende stukken, een verweerschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot nietontvankelijkverklaring van verzoekers in hun beroep.

De zaak is behandeld ter zitting van het College van 18 november 1993. Bij die gelegenheid zijn verzoekers verschenen in de personen van mr. A.W. Hins en mr. P.B. Hugenholtz, bijgestaan door hun gemachtigde, en heeft verweerder zich doen vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

2. De vaststaande feiten

Het College gaat uit van de feiten, vermeld in zijn uitspraak van heden tussen partijen gewezen onder nr. 92/0866/090/195.

3. Het besluit van 5 maart 1992

Bij zijn besluit van 5 maart 1992 heeft verweerder, voor zover hier van belang, het volgende overwogen en beslist.

"De Nozema NV heeft reeds bij brief d.d. 12 juli 1991, kenmerk 91-01151-U, te kennen gegeven, ten behoeve van aanvrager gebruik te maken van het haar op grond van artikel 2, lid 4, van de Radio-Omroepzenderwet 1935, toekomend voorkeursrecht. De uitoefening van het voorkeursrecht door de Nozema NV levert een weigeringsgrond voor de verlening van een machtiging ex artikel 17 Wet op de telecommunicatievoorzieningen op, omdat verlening van de machtiging aan aanvrager strijd met de Radio-Omroepzenderwet 1935 zou betekenen. Aangezien de Nozema NV gebruik maakte van het op grond van artikel 2, lid 4, van de Radio-Omroepzenderwet 1935, aan haar toekomend voorkeursrecht, heb ik de Nozema NV op grond van artikel 2, lid 7, van de Radio-Omroepzenderwet 1935 goedkeuring verleend tot gebruik van de vijf genoemde FM-restfrequenties met het vermelde maximum uitzendvermogen. Voor de toewijzing van de vijf FM-restfrequenties zijn meerdere gegadigden. Bij de goedkeuringsbe-

slissing aan de Nozema NV heb ik aangegeven op welke wijze de vijf FM-restfrequenties door de Nozema NV aangewend mogen worden voor de uitzending van de programma's van de verschillende gegadigden. Voor tijdelijk gebruik van genoemde FM-frequenties door de Nozema NV te Zoetermeer, ten behoeve van de uitzending van uw programma, verwijs ik naar de beslissing op grond van artikel 2, lid 7, van de Radio-Omroepzenderwet 1935, aan de Nozema NV. Zoals in genoemde brief is aangegeven, heb ik u - overeenkomstig de door u uitgesproken voorkeur tijdens het overleg op 27 februari jl. - in aanmerking gebracht voor frequentiepakket Rotterdam. Een exemplaar van het verslag voeg ik hierbij. Derhalve weiger ik op grond van artikel 17, zevende lid, onder d, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen de door u gevraagde machtiging te verlenen. U dient met de Nozema NV tot overeenstemming te komen over het tijdelijk gebruik van zenders voor de uitzending van het Sky Radio-programma van Sky Radio Ltd. te Londen. Indien de Nozema NV alsnog zou afzien van uitoefening van het voorkeursrecht voor de aanleg en exploitatie van een zender ten behoeve van de uitzending van het programma van aanvrager of bij de uitoefening van het voorkeursrecht in gebreke blijft, dan ben ik bereid alsnog een machtiging voor tijdelijke duur op grond van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen aan aanvrager te verlenen, onder nader te stellen voorschriften, tenzij zich een van de andere weigeringsgronden van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen zou voordoen."

4. Het standpunt van verweerder

Verweerder heeft zich in zijn verweerschrift en ter zitting op het standpunt gesteld dat verzoekers niet in hun beroep kunnen worden ontvangen. Hij heeft daartoe het volgende naar voren gebracht.

"Anders dan de Wet op de Raad van State in art. 104 kent de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie geen bepaling die het mogelijk maakt om bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven te klagen over (beroep in te stellen tegen) de (veronderstelde) niet nakoming van een uitspraak van het College. Overigens is het volstrekt onjuist dat de Minister de uitspraak van Uw College niet zou zijn nagekomen. De Minister heeft immers bij beschikking van 5 maart 1992 een beslissing op de aanvraag van de Vrije Ether genomen. De vraag of die uitspraak in overeenstemming is met de uitspraak van Uw College van 6 november 1991 kan in de beroepsprocedure tegen die beschikking aan de orde komen. Er is voorts van het niet (volledig) uitvoeren van de uitspraak van Uw College geen sprake. Die uitspraak houdt immers niet meer in dan dat de Minister een defini-

tieve beslissing op de aanvraag van de Vrije Ether moet nemen. Uit de uitspraak van Uw College van 6 november 1991 kan niet worden afgeleid welke inhoud de te nemen beschikking moet hebben. De veronderstelling van de Vrije Ether dat die beslissing uitsluitend zou kunnen zijn een definitieve beslissing ten gunste van de Vrije Ether mist iedere grond. Overigens valt niet in te zien waarom een beslissing die (materieel) inhoudt dat de Vrije Ether een deel van het haar gevraagde krijgt, evenwel niet voor onbepaalde tijd, in strijd kan komen met de uitspraak van Uw College van 6 november 1991."

5. De argumenten van verzoeksters

Verzoekers hebben ter zitting het standpunt van verweerder met betrekking tot hun ontvankelijkheid als volgt bestreden.

"Anders dan de Minister betoogt hebben verzoekers met het beroep dat zij hebben ingesteld tegen de weigering uitvoering te geven aan de uitspraak van uw College d.d. 6 november 1991 niet beoogd een voorziening te creëren vergelijkbaar met artikel 104 Wet op de Raad van State: zij hebben vastgesteld dat de Minister een rechterlijke uitspraak naast zich neer heeft gelegd en tegen de weigering aan die uitspraak uitvoering te geven - een nieuw en zelfstandig besluit- hebben zij vervolgens de rechtsmiddelen aangewend die de wet hen toekent. Voor een juiste vaststelling van de schade die verzoekers hebben geleden is het van belang, dat wordt vastgesteld dat de Minister op 5 maart 1992, doordat de beschikkingen van die datum zijn/worden vernietigd, heeft nagelaten uitvoering te geven aan de uitspraak van uw College d.d. 6 november 1991."

6. Beoordeling

Met ingang van 1 januari 1994 is de Algemene wet bestuursrecht in werking getreden en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht, voor zover hier van belang, brengen echter mee dat op het onderhavige beroep moet worden beslist met toepassing van het recht zoals dat gold vóór 1 januari 1994.

In de WTV is beroep opengesteld bij het College in artikel 42 dat, voor zover hier van belang, als volgt luidt:

"1. Degene die rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen door een op grond van deze wet...gegeven beschikking, kan daartegen beroep instellen bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.

2..."

Ingevolge artikel 4, vierde lid, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie zoals deze luidde tot 1 januari 1994, wordt met een beschik-

king gelijkgesteld de weigering of het uitblijven van een beschikking.

Het beroep richt zich, zo stellen verzoekers, tegen de weigering van verweerder alsnog een beschikking te geven op de aanvraag van verzoekers om zendmachtigingen, als hem was voorgeschreven in de uitspraak van het College van 6 november 1991. Naar het oordeel van het College was ten tijde dat verzoekers het beroep instelden van een zodanige weigering geen sprake. De uitspraak van 6 november 1991 verplichtte verweerder tot het nemen van een beschikking op de meergenoemde aanvraag van verzoekers en wel binnen vier maanden. Verweerder heeft bij zijn in rubriek 3 omschreven beschikking van 5 maart 1992 -derhalve binnen de gestelde termijn- afwijzend op de aanvraag beslist. Tegen die afwijzing hebben verzoekers beroep ingesteld bij het College, welk beroep bij uitspraak van heden, nr. 92/866/090/ 195 geleid heeft tot vernietiging van de aangevallen beschikking.

Het College volgt niet de stelling van verzoekers ter zitting dat als gevolg van deze vernietiging -die verzoekers al aan zagen komen- verweerder geacht moet worden nimmer te hebben beschikt, zodat alsnog, en met terugwerkende kracht, van een weigering of uitblijven van een beschikking in de zin van voormeld artikel 4, vierde lid, sprake zou zijn. Weliswaar houdt, als gevolg van de vernietiging, het besluit van 5 maart 1992 -ex tunc- op te bestaan, maar dat wil niet zeggen dat er reeds ten tijde dat verzoekers het beroep instelden een "fictieve weigering" was, waartegen beroep openstond. Gezien het vorenstaande kunnen verzoekers niet in hun beroep worden ontvangen.

7. Beslissing

Het College

verklaart verzoekers niet ontvankelijk in hun beroep.

Aldus gewezen door mr. B.P. Kiewiet, mr. G.F. Pieters en mr. C.M. Wolters, in aanwezigheid van mr. A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 5 januari 1994.

12. College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994, nr. 93/0506/090/195

Uitspraak in de zaak van:

mr A.W. Hins en mr. P.B. Hugenholtz, te Amsterdam, verzoekers, gemachtigde: mr. A.J.H.W.M. Versteeg, advocaat te Amsterdam, tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigde: mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Het verloop van de procedure

Verzoekers hebben bij verzoekschrift, ter griffie ingekomen op 22 juni 1993, bij het College beroep ingesteld tegen de weigering van verweerder binnen de door het College bij zijn uitspraak van 27 januari 1993, gewezen onder registratienummer 91/1633/090/195, gestelde termijn van vier maanden na het tijdstip van verzending van de uitspraak alsnog te beschikken op de aanvraag van verzoekers d.d. 6 juni 1986 om hun machtiging te verlenen voor het relayeren van televisieprogramma's van buitenlandse omroepinstellingen. Zij hebben daarbij gevorderd dat het College de bovenvermelde weigering van verweerder vernietigt en verweerder veroordeelt tot vergoeding van of tot betaling van een tegemoetkoming in de schade die verzoekers door de weigering hebben geleden, met veroordeling van verweerder in de kosten van de procedure.

Verzoekers hebben bij brief van 18 augustus 1993 desgevraagd uiteengezet waarom zij, nadat verweerder bij beschikking van 9 juli 1993 alsnog beslist had op hun aanvraag d.d. d.d. 6 juni 1986, hun beroep wensten te handhaven.

Het College heeft de zaak behandeld ter terechtzitting van 18 november 1993, waar verzoekers, bijgestaan door hun gemachtigde en verweerder bij monde van zijn gemachtigde, bijgestaan door mr. J. Stevens en mr. J. de Wit, hun standpunt hebben toegelicht.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de gedingstukken en het ter zitting verhandelde staan de volgende feiten en omstandigheden ten processe vast.

- Verzoekers hebben op 1 februari 1993, onder verwijzing naar bovenvermelde uitspraak van het College, een nieuwe aanvraag ingediend voor verlening van een machtiging op grond van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: de WTV) voor de aanleg en exploitatie van een televisienet met een bijna landelijke dekking.

- Verweerder heeft, bij beschikking van 23 april 1993, met kenmerk HDTP/O/169460.JZ, de gevraagde machtiging geweigerd. Verzoekers hebben, bij brief van 4 mei 1993, een bezwaarschrift tegen die beschikking ingediend bij verweerder.

- Verweerder heeft, bij beschikking van 9 juli 1993, met kenmerk HDTP/ O/181517.JZ, de aanvraag van verzoekers d.d. 6 juni 1986 alsnog afgewezen. Verzoekers hebben, bij verzoekschrift van 9 augustus 1993, tegen die beschikking beroep ingesteld bij het College.

3. De grieven van verzoekers

In hun schrijven van 18 augustus 1993 hebben verzoekers ter motivering van hun beslissing het

door hen bij het College ingestelde beroep te handhaven het volgende aangevoerd. De beschikking van verweerder van 9 juli 1993, waartegen zij beroep bij het College hebben ingesteld, is onrechtmatig. De schade als gevolg van die onrechtmatige beschikking zal op de Staat worden verhaald. Onderdeel van de schade is de vertragingsschade die is ontstaan als gevolg van het feit dat verweerder niet tijdig en met inachtneming van het recht heeft beschikt op hun aanvraag van 6 juni 1986.

Verzoekers hebben belang bij een uitspraak van het College dat verweerder met voorbijgaan van de termijn gesteld in de uitspraak van het College van 27 januari 1993 heeft nagelaten opnieuw op hun aanvraag van 6 juni 1986 te beschikken, omdat een dergelijke uitspraak in een procedure tot vergoeding van schade relevant is voor de vaststelling van de vertragingsschade.

Ter zitting hebben verzoekers hieraan toegevoegd dat zij al geruime tijd schade lijden als gevolg van de onrechtmatige beslissingen die verweerder tot nu toe op hun aanvraag van 6 juni 1986 heeft genomen.

4. De beoordeling van het geschil

Met ingang van 1 januari 1994 is de Algemene wet bestuursrecht in werking getreden en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht brengen echter mee dat op het onderhavige beroep moet worden beslist met toepassing van het recht zoals dat gold vóór 1 januari 1994, behoudens ten aanzien van de vordering tot vergoeding van proceskosten.

Naar het oordeel van het College kan het beroep van verzoekers niet anders worden geduid dan als een beroep tegen het uitblijven van een beschikking als bedoeld in artikel 4, vierde lid, laatste volzin van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie zoals deze tot 1 januari 1994 luidde. Het belang van verzoekers bij een uitspraak van het College omtrent dit beroep is evenwel komen te vervallen aangezien verweerder bij beschikking van 9 juli 1992 alsnog op de aanvraag heeft beslist.

Verzoekers hebben tegen die beschikking beroep ingesteld welk beroep, aanhangig onder nummer 93/0755/090/195, bij uitspraak van heden is verworpen.

Het College deelt niet de opvatting van verzoekers dat voor hen een belang is blijven bestaan bij een uitspraak omtrent hun op grond van artikel 4, vierde lid van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie zoals deze tot 1 januari 1994 luidde, ingestelde beroep, aangezien daarbij zou kunnen worden vastgesteld, zulks ten behoeve van een procedure bij de burgerlijke rechter, dat ver-

weerder onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met de uitspraak van het College van 27 januari 1993 eerst op 9 juli 1993 te beschikken op hun aanvraag van 6 juni 1986. Ook daaromtrent diende het College te oordelen bij zijn uitspraak omtrent bedoelde beschikking van 9 juli 1993, hetgeen is geschied. De conclusie is derhalve dat het beroep moet worden verworpen, nu daaraan het procesbelang is komen te ontvallen.

5. Beslissing

Het College verwerpt het beroep.

Aldus gewezen door mr. B.P. Kiewiet, mr. G.F. Pieters en mr. C.M. Wolters, in tegenwoordigheid van mr. A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 5 januari 1994.

13. College van Beroep voor het bedrijfsleven 5 januari 1994, nr. 93/0755/090/195

Uitspraak in de zaak van:

Mr. A.W. Hins en mr. P.B. Hugenholtz, beiden wonend te Amsterdam, verzoekers gemachtigde:

mr. A.J.H.W.M. Versteeg, advocaat te Amsterdam, tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigde:

mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Het verloop van de procedure

Bij beschikking van 9 juli 1993 heeft verweerder afwijzend beslist op de aanvraag van verzoekers d.d. 6 juni 1986, zoals aangevuld bij aanvraag van 4 december 1989, voor zover deze betrekking had op het verkrijgen van een machtiging voor het relayeren van buitenlandse t.v.-programma's.

Verzoekers hebben bij een verzoekschrift dat, zoals blijkt uit het poststempel, op 9 augustus 1993 ter post is bezorgd, beroep tegen deze beschikking ingesteld bij het College. Zij hebben daarbij gevorderd dat de bestreden beschikking wordt vernietigd en dat het College bepaalt dat de gevraagde machtiging alsnog wordt verleend. Tevens hebben zij verzocht verweerder te veroordelen in de kosten van de procedure.

Verweerder heeft op 29 september 1993 onder overlegging van de op de zaak betrekking hebbende stukken een verweerschrift ingediend, waarbij hij heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

Het College heeft de zaak behandeld ter openbare terechtzitting van het College van 18 november 1993, alwaar verzoekers, bijgestaan door hun gemachtigde, en verweerder bij monde van zijn gemachtigde, bijgestaan door mr. J. Stevens en mr. J. de Wit, hun standpunt nader hebben toegelicht.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de gedingstukken en het ter zitting verhandelde staan voor het College de volgende feiten vast. Verzoekers hebben omstreeks 1986 het plan opgevat tot de aanleg en exploitatie van een of meer televisiezenders in de provincie Noord-Holland. Verzoekers beoogden daarbij, voor zover hier van belang de uitzending van gerelayeerde programma's van buitenlandse zenders. In verband met een en ander hebben zij - daarbij handelend onder de naam "De Vrije Ether" - bij brief van 6 juni 1986 verweerder gevraagd terzake machtiging te verlenen op grond van artikel 3ter, eerste lid, van de Telegraaf- en Telefoonwet, welke aanvraag bij beschikking d.d. 11 maart 1987 werd afgewezen. De afwijzende beschikking werd door de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 augustus 1987 vernietigd.

Bij brief van 4 december 1989 hebben verzoekers verweerder gevraagd hun aanvraag alsnog in te willigen. Zij hebben daarbij verklaard akkoord te gaan met door verweerder eerder geformuleerde technische eisen. Op 23 april 1990 heeft verweerder voor wat betreft het relayeren van buitenlandse programma's de aanvraag aangehouden. Verzoekers hebben bij brief van 21 mei 1990 beroep ingesteld tegen deze beschikking. Dit beroep is desverzocht door verweerder als bezwaarschrift in behandeling genomen. Verweerder heeft daarop bij beschikking van 4 maart 1991 het bezwaar ongegrond verklaard. Verzoekers hebben vervolgens tegen de beschikking van 4 maart 1991 beroep ingesteld bij het College. Bij uitspraak van 27 januari 1993 heeft het College, beslissend op dit beroep, voor zover hier van belang bepaald dat verweerder binnen vier maanden na verzending van de uitspraak alsnog beslist op de aan de beschikking van 4 maart 1991 ten grondslag liggende aanvraag, voor zover deze betrekking had op het relayeren van programma's afkomstig uit andere Lid-Staten van de E.E.G. Met de in deze procedure bestreden beschikking van 9 juli 1993 heeft verweerder beoogd aan deze uitspraak gevolg te geven.

3. De bestreden beslissing

Van de bestreden beschikking zijn met name de volgende passages van belang.

"In de procedure(s) inzake het relayeren van buitenlandse televisieprogramma's ben ik er vanuit gegaan dat mijn besluit van 23 april 1993 tevens gevolg gaf aan de uitspraak van het College om binnen vier maanden opnieuw te besluiten. Uit de motivering van mijn besluit van 23 april 1993 blijkt immers dat geen machtiging verleend wordt omdat op korte termijn op grond van het in overleg met de Tweede Kamer tot stand gekomen omroep-frequentiebeleid frequenties verdeeld zullen gaan

worden.

...

Ik heb begrepen dat u echter onlangs een verzoekschrift bij het College heeft ingediend (zaaknummer 93/0506/090/195) tegen het niet nemen van een besluit naar aanleiding van de uitspraak van het College d.d. 27 januari. Het leek mij daarom raadzaam alsnog expliciet gevolg te geven aan deze uitspraak en opnieuw uitdrukkelijk te besluiten, met een motivering die ook rekening houdt met het inmiddels nader vastgestelde frequentieverdelingsbeleid. Van belang is de beschikbaarheid van frequenties ten behoeve van het (her)uitzenden van televisieprogramma's van (buitenlandse) omroepinstellingen. In de brieven van 6 juni 1991 en 15 april 1992 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (resp. II, 22147, nrs. 2 en 22) heeft de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur reeds medegedeeld dat de televisierestfrequenties gebruikt worden voor de invoering van aardse digitale radio en regionale publieke omroep. Derhalve resteren er geen televisiefrequenties voor de (her)uitzending van programma's van binnenlandse of buitenlandse omroeporganisaties. Dit blijkt ook uit de voorlopig vastgestelde inventarisatie van de restcapaciteit die op 23 december 1992 (II, 1992-1993, 22147, nr.28) aan de Kamer is aangeboden. Deze zal binnenkort definitief worden vastgesteld. Overigens is in de voorlopige inventarisatie aangegeven dat, indien er vanuit de regionale publieke omroep geen belangstelling mocht zijn voor het gebruik van deze frequenties, overwogen kan worden deze frequenties alsnog vrij te geven voor (landelijke) commerciële omroep. Tot nu toe is al wel gebleken dat in ieder geval een viertal publieke regionale omroeporganisaties (Radio West, Radio Rijnmond, Radio Oost en Omroep Friesland) serieuze belangstelling heeft voor het gebruik van televisiefrequenties. Ik ben voornemens, na afronding van het overleg met de Tweede Kamer, in overeenstemming met mijn ambtgenote van WVC, de inventarisatie van beschikbare restcapaciteit definitief vast te stellen. Zodra dat is gebeurd zal ik ook de publieke regionale omroepinstellingen daarvan op de hoogte stellen en hen uitnodigen mij binnen een bepaalde termijn te laten weten of men gebruik wil maken van de geplande mogelijkheden. Daartoe zal de publieke regionale omroepen wel een redelijke termijn geboden dienen te worden, omdat het starten van televisieuitzendingen geen eenvoudige zaak is. Echter, in haar brief van 16 juni 1993 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (II, 22147, nr. 36, p.12) heeft de minister van WVC in overeenstemming met mij geschreven, dat naar aanleiding van de uitspraken van het College 27 januari 1993 en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 19 maart

1993, in het vervolg omroepfrequenties voor de uitzending van commerciële omroep toegewezen zullen worden aan geselecteerde commerciële omroepinstellingen.

De commerciële omroepinstellingen waaraan een machtiging wordt verleend voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruiken van radio-elektrische zendinrichtingen, kunnen vervolgens besluiten zelf te gaan bouwen en zelf te gaan uitzenden of de Nozema N.V. of een andere zendermaatschappij deze activiteiten te laten verrichten, waarbij de omroeporganisatie de frequenties inbrengt. Daarbij past het niet frequenties toe te wijzen aan zendermaatschappijen. Tot nu toe is door u nimmer aangegeven welke programma's u met behulp van de gevraagde frequenties gaat uitzenden. Zoals eerder werd omschreven is er in een situatie van schaarste aan omroepfrequenties en de verdeling daarvan een belangrijke rol weggelegd voor de overheid. Daartoe is door de minister van WVC en mij gezamenlijk een beleid uiteengezet. Indien op voorhand aan een zendermaatschappij frequenties worden toegewezen, die vervolgens door deze zendermaatschappij kunnen worden gebruikt om naar eigen inzicht contracten aan te gaan voor de uitzending van bepaalde programma's vervalt de mogelijkheid van de overheid om aan het, in overleg met de Tweede Kamer geformuleerde beleid uitvoering te geven."

4. Het standpunt van verzoekers

Het standpunt van verzoekers kan in de volgende grieven worden samengevat.

1. Ten onrechte stelt verweerder bij beschikking van 23 april 1993 reeds de gevraagde machtiging te hebben geweigerd. Deze beschikking heeft immers betrekking op een nieuwe aanvraag van 1 februari 1993. Wat hiervan ook zij, het bij voortdurende uitstellen door verweerder van besluitvorming over de aanvraag van verzoekers houdt een strategie in die zich niet verdraagt met de elementaire eisen van rechtmatigheid en doelmatigheid. Bovendien worden hierdoor de in het Besluit Radio-elektrische inrichtingen genoemde termijnen niet gehaald.

2. De frequentie waarop de aanvraag van verzoekers zich concentreert, Alkmaar, kanaal 55, 100 KW ERP, is sedert de toewijzing daarvan aan Nederland in het kader van het zogenoemde Stockholm-plan ongebruikt gebleven. Het beleid van verweerder om deze en andere frequenties met een niet-landelijke dekking in beginsel te reserveren voor regionale publieke omroep is in strijd met het recht. Geen wettelijk voorschrift kent een voorkeursrecht toe aan regionale publieke omroepinstellingen. Het reserveren van televisiefrequenties voor de publieke regionale omroep, zonder dat daarvoor een basis in het recht kan worden aange-

wezen kan derhalve niet worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 17, lid 7, sub b van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna ook: de WTV), omdat doelmatig gebruik van de ether niet kan vorderen dat een frequentie onbenut blijft.

3. Voor zover aan de publieke regionale omroeporganisaties een voorkeurspositie zou toekomen, kan dat niet aan verzoekers worden tegengeworpen omdat het aan verzoekers bekend is dat de Stichting Radio Noord-Holland, de regionale omroepinstelling die als enige bevoegd is een regionaal programma te verzorgen voor de provincie Noord-Holland, nimmer kenbaar heeft gemaakt zulks te ambiëren.

4. Aangezien, zoals uit het voorgaande en uit hetgeen hierna onder grief 6 is aangevoerd, blijkt, de bestreden beschikking steunt op een beleid dat een wettelijke basis ontbeert, is deze beschikking in strijd te achten met artikel 7, lid 2, van de Grondwet en met artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

5. De bestreden beschikking maakt het verzoekers onmogelijk om hun diensten aan aanbieders van buitenlandse televisieprogramma's ter beschikking te stellen. Zij vormt daarmee een met artikel 59 EG-verdrag strijdige beperking van het vrije verkeer van diensten.

6. De mede - meer subsidiair - aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende overweging dat regionale omroepfrequenties in ieder geval niet aan zendermaatschappijen die niet zelf programma's verzorgen mogen worden toegewezen vindt geen steun in het recht. Deze grond komt niet voor in de limitatieve opsomming van weigeringsgronden van artikel 17, leden 7 en 8, van de WTV. Bovendien staat deze weigeringsgrond haaks op het systeem van de Mediawet en de Radio-OmroepZenderwet 1935, waarin een scheiding is aangebracht tussen zenderexploitatie en het verzorgen van programma's.

5. De beoordeling van het geschil

Met ingang van 1 januari 1994 is de Algemene wet bestuursrecht in werking getreden en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht, voor zover hier van belang brengen echter mee dat op het onderhavige beroep moet worden beslist met toepassing van het recht zoals dat gold vóór 1 januari 1994.

In geding is een beschikking op een verzoek om een machtiging voor de aanleg en exploitatie van een of meer televisiezenders in de provincie Noord-Holland ten behoeve van het relayeren van in het buitenland uitgezonden programma's. Het verzoek concentreert zich, in de woorden van

verzoekers op de frequentie Alkmaar, kanaal 55, 100 Kw ERP (hierna: de frequentie Alkmaar). Bij de bestreden beschikking is de gevraagde machtiging geweigerd, primair, omdat de genoemde frequentie is gereserveerd voor de regionale publieke omroep en subsidiair, omdat, indien van de zijde van de publieke omroep geen belangstelling voor het gebruik van die frequentie zou bestaan, zendermaatschappijen als die van verzoekers niet in aanmerking komen voor toewijzing van die frequentie. Verweerder heeft de aldus gemotiveerde beschikking doen steunen op de in artikel 17, zevende lid aanhef en onder b, van de WTV genoemde grond: "Een machtiging wordt geweigerd indien een doelmatig gebruik van de ether dit vordert".

Met betrekking tot de eerste tegen de bestreden beschikking aangevoerde grief, die betrekking heeft op de door verweerder gevolgde procedure, overweegt het College als volgt.

De eerste grief

Vast staat, dat de bestreden beschikking is gegeven na afloop van de termijn, die verweerder daartoe bij uitspraak van het College van 27 januari 1993 was geboden. Deze constatering doet de vraag rijzen of verweerder door het overschrijden van die termijn zozeer in strijd met de jegens verzoekers in acht te nemen zorgvuldigheid heeft gehandeld, dat de beschikking om die reden dient te worden vernietigd. Dit is naar het oordeel van het College niet het geval. Niet alleen betreft de overschrijding een tijdsspanne van minder dan anderhalve maand, maar bovendien waren verzoekers binnen bedoelde termijn, namelijk door de beschikking van verweerder van 23 april 1993, waartegen een bezwaarschrift is ingediend, reeds op de hoogte van het standpunt van verweerder omtrent hun aanvraag. Naar het oordeel van het College kunnen aan de termijnoverschrijding slechts gevolgen worden verbonden bij het bepalen van de uit de bestreden beschikking voortvloeiende schade, in het geval, dat deze beschikking op een andere grond voor vernietiging in aanmerking zou komen. Zoals uit het vervolg van deze uitspraak blijkt, is hiervan geen sprake. Deze grief is derhalve tevergeefs voorgedragen.

De volgende vier grieven hebben alle betrekking op de motivering die primair aan de bestreden beschikking ten grondslag is gelegd. Met betrekking tot die grieven overweegt het College het volgende.

De tweede grief

Het verlenen van een machtiging als in het geding kan niet los worden gezien van de toekenning van de frequentie(s), waarmee degenen die om een machtiging vragen willen gaan uitzenden. Om die frequentie(s) is het hen veelal in feite te doen. Dit

is ook zo in het geval van verzoekers. Bij het vragen van een zendermachtiging heeft het verkrijgen van het (alleen)recht om met de frequentie Alkmaar uit te zenden voorop gestaan. Zij zijn daarover steeds duidelijk geweest. In de bovengeschetste omstandigheden is het in beginsel aanvaardbaar, dat verweerder bij de besluitvorming omtrent het in geding zijnde verzoek, hoewel dat primair betrekking heeft op de aanleg en exploitatie van een zendinrichting, doorslaggevend gewicht heeft toegekend aan beleid, dat door hem en de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur met betrekking tot de verdeling van televisiefrequenties is ontwikkeld. Met betrekking tot dit beleid, kort gezegd inhoudende, dat frequenties met slechts een regionaal bereik in beginsel worden gereserveerd voor de regionale publieke omroep, overweegt het College meer in het bijzonder het volgende. Zoals het College in zijn tussen partijen gewezen uitspraak van 6 november 1991 (zaaknr. 91/2483/090/195) heeft overwogen kan een beleid waarbij verschillende aanvragen worden gewogen - gelet op de belangen van iedere individuele aanvrager, de omvang van de doelgroep die de aanvrager met de uitzendingen wil bereiken en het gewicht dat de behoeften van de doelgroep in de schaal leggen, afgewogen tegen de behoefte waarin met een inwilliging van andere (al dan niet potentiële) aanvragen zou worden voorzien - verenigbaar worden geacht met de WTV. Het met betrekking tot de toekenning van regionale frequenties door verweerder gevoerde beleid overschrijdt niet de aldus door het College aangegeven wettelijke grenzen en is ook overigens aanvaardbaar. Aan dit oordeel liggen de volgende overwegingen ten grondslag. Niet onaannemelijk is, dat er op regionaal niveau bij het publiek belangstelling bestaat voor televisieprogramma's die in het bijzonder gericht zijn op de eigen regio. Niet onaannemelijk is voorts dat de bestaande publieke regionale omroeporganisaties in beginsel bereid zijn in die behoefte te voorzien. Niet onaannemelijk is tenslotte, dat commerciële omroeporganisaties of andere om commerciële redenen in het uitzenden van programma's geïnteresseerde organisaties of personen in het algemeen niet bereid of, bijvoorbeeld indien het gaat om het relayeren van buitenlandse programma's, in staat zijn om zich grotendeels te beperken tot het uitzenden van programma's met een regionaal karakter. In die omstandigheden kan niet worden gezegd, dat verweerder binnen de hem toekomende beleidsruimte niet in redelijkheid de - schaarse - frequenties als vorenbedoeld, heeft kunnen reserveren voor de regionale publieke omroep. Bij het beoordelen van verweerders beleid heeft het College gewicht toegekend aan de omstandigheid dat verweerder hiervoor brede steun heeft gevonden in de Tweede Kamer.

Voorts heeft meegewogen dat van het beleid deel uitmaakt het voornemen om, indien van de zijde van de publieke omroeporganisaties, nadat hun een redelijke termijn is gegund om terzake tot een besluit te komen, geen belangstelling voor het gebruik van deze frequenties wordt getoond, deze frequenties aan geïnteresseerden buiten die kring aan te bieden. Niet is gebleken van omstandigheden, die maken dat verweerder in het geval van verzoekers niet in redelijkheid aan dit beleid heeft kunnen vasthouden. In dit verband is van belang, dat vast staat dat de programma's die zij via de frequentie Alkmaar willen uitzenden niet specifiek op het publiek in dat deel van Nederland zijn gericht. Het gaat bij hen immers om het uitzenden van programma's die in de eerste plaats voor kijkers in het buitenland zijn bedoeld. Het vorenoverwogene betekent dat de tweede grief moet worden verworpen.

De derde grief

Naar het oordeel van het College kan niet worden gezegd dat verweerder bij het ten uitvoer leggen van het hiervoor geschetste beleid niet in redelijkheid de regionale publieke omroeporganisaties een redelijke termijn heeft kunnen gunnen om te beslissen of en onder welke voorwaarden zij tot het uitzenden van televisieprogramma's wensen over te gaan. Zolang die termijn niet is verstreken kan aan dat beleid derhalve een weigeringsgrond worden ontleend. Naar het oordeel van het College was die termijn, gelet op alle implicaties van een besluit om tot het verzorgen van televisieprogramma's over te gaan, ten tijde van de bestreden beschikking nog niet verstreken. Het College neemt hierbij in aanmerking, dat het vrijgeven van een televisiefrequentie voor commerciële omroep niet gemakkelijk teruggedraaid kan worden, gelet op de omvangrijke investeringen verbonden aan het via de ether uitzenden van televisieprogramma's. Het vorenstaande betekent dat aan de omstandigheid dat, naar verzoekers hebben gesteld, de in aanmerking komende omroeporganisaties (nog) niet of -in het geval van de Stichting Radio Noord Holland- slechts vrijblijvend belangstelling hebben getoond voor het uitzenden van televisieprogramma's via de frequentie Alkmaar niet de betekenis toekomt, die verzoekers daaraan willen zien gehecht. Ook deze grief faalt derhalve.

De vierde grief

Deze grief berust op de aanname dat het door verweerder gevoerde beleid een wettelijke basis ontbeert. Zoals uit het vorenoverwogene blijkt, is deze aanname onjuist. Dit betekent dat de vierde grief berust op een onjuiste rechtsopvatting en derhalve moet worden verworpen.

De vijfde grief

Zoals blijkt uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (zie onder meer: het arrest van 30 april 1974 in de zaak 155/73, Sacchi, en het arrest van 18 juni 1991 in de zaak C-260/ 89, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE.) staat het E.G.-Verdrag er niet aan in de weg dat de Lid-Staten om niet-economische redenen van openbaar belang radio- en televisie-uitzendingen aan de vrije mededinging onttrekken door het uitsluitend recht daarop aan een of meer maatschappijen toe te kennen. Gelet hierop is de reservering van de in geding zijnde frequentie Alkmaar voor de publieke regionale omroep, in aanmerking nemende de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen, niet in strijd te achten met genoemd verdrag. In overweging 12 van laatst genoemd arrest heeft het E.G.-Hof voorts overwogen dat de inrichting en uitoefening van zo een monopolie niet in strijd mogen komen met de verdragsbepalingen inzake, voor zover hier van belang, het vrije verkeer van diensten. Voor het geval, dat verzoekers met hun vijfde grief, die niet uitvoerig is gemotiveerd, hebben beoogd te betogen, dat de inrichting en uitoefening van het aan de publieke omroep met betrekking tot de frequentie Alkmaar verleende monopolie strijd opleveren met de in artikel 59 E.G.-Verdrag neergelegde bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten, kan deze grief reeds hierom niet slagen omdat ten tijde van het geven van de bestreden beschikking het verlenen van een monopolie aan de regionale publieke omroep nog slechts een voornemen van verweerder was. Eerst nadat dit voornemen is gerealiseerd - dat dit zal gebeuren staat niet vast - kan een oordeel worden gegeven over de inrichting en uitoefening van dit monopolie in het licht van bedoelde verdragsbepalingen. Voor het geval, dat verzoekers met deze grief hebben beoogd te betogen, dat het toekennen van een monopoliepositie aan de publieke regionale omroep met betrekking tot de frequentie Alkmaar strijd oplevert met artikel 59 E.G.-Verdrag, omdat hun hierdoor de mogelijkheid wordt onthouden om buitenlandse omroeporganisaties in de gelegenheid te stellen via de frequentie Alkmaar uit te zenden, moet dit betoog worden verworpen. Met deze aldus geduide grief verzetten

verzoekers zich immers in feite tegen voor wat betreft het gebruik van deze en soortgelijke frequenties de toekenning van een voorkeursrecht aan de publieke regionale omroep. Zoals eerder is overwogen, verzetten de toepasselijke bepalingen van het EG-Verdrag zich in dit geval niet tegen een zodanige voorkeursbehandeling. Ook de vijfde grief treft derhalve geen doel.

Conclusie

Uit het vorenoverwogene volgt dat alle grieven aangevoerd tegen de primair aan de bestreden beschikking ten grondslag gelegde motivering, kort gezegd inhoudend dat de frequentie Alkmaar niet aan verzoekers kan worden toegekend omdat deze is gereserveerd voor de publieke omroep, falen. Ook overigens is het College niet gebleken dat de bestreden beschikking aldus gemotiveerd in aanmerking komt voor vernietiging op een der in artikel 5 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, zoals die luidde tot 1 januari 1994, genoemde gronden. Het beroep moet derhalve worden verworpen. Aldus wordt beslist. Ter voorlichting van partijen zal het College hieronder ingaan op de zesde grief. Het College acht zulks geraden, omdat niet uitgesloten is te achten dat de subsidiair aan de bestreden beschikking ten grondslag gelegde motivering, waartegen deze grief zich richt, alsnog actueel wordt indien zou blijken dat er voor de frequentie Alkmaar geen belangstelling bestaat bij de publieke regionale omroep.

De zesde grief

Zoals hiervoor is overwogen heeft de zesde grief betrekking op de subsidiair aan de bestreden beschikking ten grondslag gelegde motivering kort gezegd inhoudende, dat slechts omroeporganisaties, en dus niet een zendermaatschappij als die van verzoekers, voor toekenning van een televisiefrequentie in aanmerking komen. Met deze grief wordt de vraag opgeworpen of het met deze motivering tot uitdrukking gebrachte beleid zich verdraagt met het toepasselijke wettelijke stelsel. Het College overweegt dienaangaande als volgt. Ingevolge artikel 167A, eerste lid aanhef en onder b, juncto artikel 66, onder b, van de Mediawet kan de beheerder van een zender uitzenden: "programma's van buitenlandse omroepinstellingen of samenwerkingsverbanden van deze instellingen, die in het buitenland in overeenstemming met de daar geldende regelgeving als omroepprogramma's worden uitgezonden". Het is om deze programma's te kunnen uitzenden derhalve niet nodig, dat aan de betrokken zenderbeheerder krachtens de Mediawet zendtijd of toestemming is verleend. Dit betekent dat de enige wettelijke hindernis die door een zenderexploitant moet worden genomen om buitenlandse programma's te kunnen uitzenden is, dat hij de beschikking moet verkrijgen over de daarvoor benodigde frequentie(s). In het in Nederland toepasselijke wettelijke stelsel is het niet mogelijk om buiten het in de Mediawet juncto de Radio-OmroepZenderwet 1935 neergelegde stelsel om, een frequentie toegewezen te krijgen anders dan door middel van het verkrijgen van een zendermachtiging op grond van artikel 17 van de WTV. Met het bovengeschetste wettelijk stelsel moet het in strijd worden geacht, dat een zendermachtiging

wordt geweigerd louter op de grond dat de aanvra-ger niet zelf een omroeporganisatie is. Het hantere-n van die weigeringsgrond zou immers in de praktijk de bij artikel 167A juncto artikel 66 Mediawet geopende mogelijkheid voor een beheerder van een zendermaatschappij [lees: zender, js] om buitenlandse programma's te relayeren tot een dode letter maken. In zoverre is de zesde grief gegrond. De toepasselijke wetgeving staat er echter niet aan in de weg dat een beslissing op een ver-zoek om een zendermachtiging als in het geding geplaatst wordt in een breder beleidskader, waarbij dit verzoek wordt afgewogen tegen andere (poten-tiële) verzoeken gericht op het verkrijgen, al dan niet langs de weg van een zendermachtiging, van de gevraagde frequentie(s). In dit verband zij nog verwezen naar hetgeen het College terzake van de tweede grief heeft overwogen.

6. Beslissing

Het College verwerpt het beroep.

Aldus gewezen door mr. B.P. Kiewiet, mr. G.F. Pieters en mr. C.M. Wolters in tegenwoordigheid van mr. A. Bruining, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 5 januari 1994.

14. Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 25 maart 1994, nr. 94/1208/090/195

De vennootschap naar Engels recht Sky Radio Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), verzoekster, gemachtigde: mr. E.J. Dommering, advocaat te 's-Gravenhage, tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden:

mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage, en J. de Wit, ambtenaar ten departemente.

Voorts hebben zich als partij gesteld:

De vennootschap naar Italiaans recht RTO Rete Zero SRL, gevestigd te Milaan (Italië), gemachtig-de:

mr. P. van der Kroft, advocaat te Amsterdam,

De besloten vennootschap met beperkte aanspreke-lijkheid Radio 10 Groep b.v., gevestigd te Amster-dam, gemachtigde: mr. P. van der Kroft, advocaat te Amsterdam,

1. Het verloop van de procedure

Bij brief van 20 januari 1994 heeft verweerder aan RTO Rete Zero SRL (hierna: Rete Zero), medege-deeld dat de aan haar op 14 juli 1993 op grond van artikel 17, eerste lid, van de Wet Telecommunica-tievoorzieningen (hierna: WTV) verleende tijdelij-ke machtiging, met ingang van 1 april 1994 ver-valt. Tegen die brief heeft verzoekster een op 11

februari 1994 gedateerd bezwaarschrift ingediend bij verweerder. Bij een eveneens op 11 februari 1994 ter griffie van het College binnengekomen verzoekschrift heeft verzoekster de Voorzitter van het College gevraagd hangende de beslissing op bezwaar bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat Rete Zero met onmiddellijke ingang geen gebruik meer kan maken van de tijdelijke toekenning restfrequenties, tenzij de Voorzitter positief mocht beslissen op het verzoek van Sky radio Ltd. dat de toewijzingsbeslissing aan radio 10 Groep b.v. om van de AM-frequentie gebruik te kunnen maken, wordt geschorst. Het verzoek om voorlopige voorziening is behandeld ter zitting van 21 maart 1994, waar partijen vertegenwoordigd door hun gemachtigden zijn verschenen en hun standpunt nader hebben doen toelichten.

2. De grondslag van het geschil

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting liggen aan het geschil de volgende feiten en omstandigheden ten grondslag.

- Verzoekster is een buitenlandse omroepinstelling die haar radioprogramma Sky Radio op onder andere de Nederlandse kabel uitzendt. Zij heeft, voor het eerst bij brief van 6 september 1991, kenbaar gemaakt haar programma ook via de ether te willen verspreiden.

- Eind 1991 waren er bij verweerder, naast ver-zoekster, nog enkele andere gegadigden bekend, waaronder Rete Zero, welke kenbaar hadden ge-maakt belangstelling te hebben voor het gebruik van zogenoemde restfrequenties voor de uitzending van een radioprogramma.

- Verweerder heeft, na rechtelijke tussenkomst, voor de genoemde gegadigden, tijdelijk een zend-mogelijkheid geopend door bij besluit van 5 maart 1992 aan de Nederlandse Omroep Zendermaat-schappij N.V. (verder NOZEMA) op grond van artikel 2, zevende lid, van de Radio-Omroep-Zenderwet 1935, goedkeuring te verlenen voor de uitzending van de betreffende radio-programma's. Verweerder heeft aan deze tijdelijke frequentietoedeling het beginsel van evenredigheid ten grond-slag gelegd, op grond waarvan de betrokkenen ieder een gelijk deel van de publieksmarkt zouden kunnen bedienen.

- Op grond van de aan de NOZEMA verleende goedkeuring konden een drietal radioprogramma's op een beperkte schaal worden uitgezonden. Zo kon de besloten vennootschap De Vrije Ether b.v. verzoeksters radioprogramma Sky Radio laten uitzenden door de NOZEMA. Rete Zero kon aldus het radioprogramma Radio 10 laten uitzenden door de NOZEMA.

- De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft bij uitspraak van 19 maart 1993 genoemde goedkeuring vernietigd.

- Verweerder heeft toen besloten de bij eerdergenoemd besluit van 5 maart 1992 gerealisierde tijdelijke frequentieverdeling te continueren, zij het op een andere rechtsgrond. Verweerder stelde zich daarbij op het standpunt dat de status quo, bereikt bij de tijdelijke frequentietoedeling op grond van de eerdergenoemde goedkeuring verleend aan de NOZEMA, gehandhaafd diende te worden.
- Daartoe heeft verweerder bij afzonderlijke besluiten van 14 juli 1993 de vennootschappen, wier radioprogramma's werden uitgezonden op grond van de eerdergenoemde goedkeuring verleend aan de NOZEMA, zijnde onder meer verzoekster en Rete Zero, machtiging verleend als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de WTV.
- Deze machtigingen zijn verleend onder een tijdsbeperking en voor slechts een beperkt aantal zenders met een beperkt zenderbereik. De tijdsbeperking hield in dat de machtigingen geldig waren tot 1 oktober 1993, of zoveel later als over de toedeling van de frequenties, waarop deze machtigingen betrekking hebben, op basis van de door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en verweerder opgestelde beleidsregels, beslist zou zijn.
- Tegen de machtiging verleend aan Rete Zero is door verzoekster geen bezwaar ingediend of beroep ingesteld bij het College.
- Eerdergenoemde beleidsregels over de toedeling van frequenties zijn omschreven in de notitie 'Omroepfrequenties voor commerciële toepassingen', van september 1993.
- Enkele tientallen gegadigden, waaronder verzoekster, hebben zich, middels een daartoe strekkende aanvraag, in het kader van het betreffende omroepfrequentie (verdelings) beleid, als belangstellende gemeld.
- De op basis van genoemd verdelingsbeleid geselecteerde gegadigden, zijn, aldus verweerder, voorzien van de benodigde toestemmingen en machtigingen.
- Zo heeft de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur bij brief van 20 januari 1994 aan Radio 10 Groep b.v., als een van de geselecteerde vennootschappen, toestemming verleend op grond van artikel 167, tweedelid, van de Mediawet, het programma Radio 10 Gold uit te zenden via aardse zenders, en wel met ingang van 1 oktober 1994, of zoveel eerder als de vennootschap met de uitzending begint.
- Bij brief van 20 januari 1994 heeft verweerder, onder verwijzing naar de verleende toestemming krachtens de Mediawet, Radio 10 Groep b.v. met ingang van 1 oktober 1994, of zoveel eerder als technisch mogelijk is om de zendingrichting effectief in werking te laten stellen, machtiging verleend als bedoeld in artikel 17 van de WTV voor het AM-pakket bestaande uit de frequentie 675 kHz,

opstelplaats Lopik.

- Bij beschikking van 20 januari 1994 is de eerdergenoemde aanvraag van verzoekster om verlening van een machtiging op grond van artikel 17 van de WTV, in het kader van het genoemde omroepfrequentie (verdelings) beleid, geweigerd.

- Bij brief van 20 januari 1994 heeft verweerder aan verzoekster, alsmede aan de twee andere machtiginghouders die op 14 juli 1993 een tijdelijke machtiging hadden verkregen, waaronder Rete Zero, het volgende medegedeeld:

'Inmiddels is er een omroep-frequentie-beleid ontwikkeld. Ter uitvoering van dit beleid is per 1 oktober 1993 een procedure ingang gezet op basis waarvan op 20 januari 1994 een aantal gegadigden is geselecteerd. Aan deze gegadigden zijn machtigingen verleend voor frequentiepakketten ten behoeve van de uitzending van hun programma, die per 1 april 1994 in zullen gaan. De door U gebruikte frequentie maakt onderdeel uit van die frequentiepakketten. Dit betekent dat de aan U verleende tijdelijke machtiging met ingang van 1 april 1994 vervalt'.

3. De argumenten van verzoekster

Verzoekster heeft ter ondersteuning van haar verzoek heeft het volgende aangevoerd. Op grond van de beschikkingen tijdelijke verdeling restfrequenties bezet Sky Radio Ltd een FM-frequentie in Rotterdam (en bezit overigens RTL een frequentie in Den Haag en Rete Zero enkele frequenties in het Noorden). Aan deze beslissingen ligt het beginsel van evenredigheid ten grondslag. Dat wil zeggen dat degenen die voor de FM-frequenties in aanmerking kwamen alle een gelijk deel van de publieksmarkt zouden kunnen bedienen. Aangezien verweerder op 20 januari 1994 een AM-frequentie aan Radio 10 Groep b.v. heeft toegekend die samenwerkt met Rete Zero en die ook hetzelfde Radio 10 Gold-programma als Rete Zero uitzendt, is daarmee de rechtsgrond aan de beslissing een tijdelijke FM-frequentie aan Rete Zero toe te kennen, vervallen, in elk geval is het in strijd met het beginsel van evenredigheid aan het Radio 10 Goldprogramma zowel een AM- als een FM-frequentie toe te wijzen. Aan de rechtmatigheid van de op 20 januari 1994 door verweerder aan andere vennootschappen dan Sky Radio Ltd. verleende machtigingen moet worden getwijfeld. Handhaving van de status quo is dan een voor de hand liggende orde maatregel. Sky Radio Ltd. beoogt met dit schorsingsverzoek de status quo te handhaven.

4. De beoordeling van het verzoek

4.1. Ingevolge het bepaalde in artikel 8:81 Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan indien voorafgaand aan een mogelijk beroep be-

zwaar is gemaakt, op verzoek een voorlopige voorziening worden getroffen indien onverwijld de spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Dienaangaande overweegt de Voorzitter als volgt.

4.2. Ingevolge artikel 42 van de WTV kan tegen een op grond van die wet genomen besluit met uitzondering van een aanwijzing gegeven op grond van de artikelen 28 en 57, een belanghebbende beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

4.3. Verzoekster heeft zich op het standpunt gesteld dat in de bovengenoemde brief van 20 januari 1994 gericht aan Rete Zero een zelfstandige beslissing is neergelegd. Het door verzoekster klaarblijkelijk aanwezig geachte rechtsgevolg betreft het bepalen van de einddatum van de eerder bij brief van 14 juli 1993 aan Rete Zero verleende tijdelijke machtiging. Bedoelde machtiging kende evenwel reeds een einddatum, te weten 1 oktober 1993, of zoveel later als over de toedeling van de frequentie, waarop deze machtiging betrekking heeft, op basis van de door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en verweerder opgestelde beleidsregels, beslist zou zijn.

4.4. Nog daargelaten of het gestelde in de aan het Rete Zero gerichte brief van 20 januari 1994 in het licht van het bovenstaande een rechtshandeling inhoudt, dan wel beoordeeld moet worden als een mededeling van louter feitelijke aard, overweegt de Voorzitter, gezien het verzoek - en gezien zijn beslissing van gelijke datum als de onderhavige beslissing, omtrent het verzoek van verzoekster om een voorlopige voorziening terzake van de machtigingverlening aan Radio 10 Groep b.v. - als volgt.

4.5. Blijkens de aan Radio 10 Groep b.v. verleende machtiging bij brief van 20 januari 1994, kenmerk HDTP/0/207259.ORT, betreffende machtiging OC10-0003 (AM-675 kHz) is deze machtiging geldig vanaf 1 oktober 1994, of zoveel eerder als technisch mogelijk is om de zendingrichting effectief in werking te laten stellen. Ter zitting is zijdens Radio 10 Groep b.v. verklaard dat de aan haar verleende machtiging al wordt gebruikt. Daarbij werd tevens opgemerkt dat Rete Zero inmiddels de uitzending van het Radio 10-programma op de FM, dus krachtens de eerdergenoemde tijdelijke machtiging, heeft gestaakt. Wel wordt de FM-frequentie, zo werd daarbij zijdens Rete Zero aangevoerd, nog tot 1 april 1994, gebruikt voor het doorgeven van een bericht om kenbaar te maken dat het programma Radio 10 te beluisteren valt op de AM. De Voorzitter ziet geen aanleiding te twijfelen aan de juistheid van laatstgenoemde stellingen. Van de zijde van verzoekster is ter zitting geen nadere onderbouwing gegeven op grond waarvan geoordeeld zou kunnen worden dat ook thans nog sprake is van strijdigheid met het door haar genoemde beginsel van evenredigheid.

4.6. Nu, naar de Voorzitter aanneemt, vaststaat dat het programma Radio 10 ten tijde van de behandeling van het verzoek niet meer wordt uitgezonden op de FM, ziet de Voorzitter geen belang waarin verzoekster zodanig zou zijn getroffen dat daarin aanleiding tot toewijzing van het verzoek zou kunnen zijn gelegen, nog daargelaten of verzoeksters stellingname - luidende dat uitzending op de AM van het onderhavige programma op een datum gelegen voor de einddatum van de tijdelijke machtiging verleend aan Rete Zero, in strijd is met het door verweerder gehanteerde beginsel van evenredigheid ten tijde van de verdeling van de tijdelijke machtigingen van 14 juli 1993 - juist is. Gelet op het vorenoverwogene komt het verzoek om een voorlopige voorziening niet voor toewijzing in aanmerking. De Voorzitter acht geen termen aanwezig artikel 8:75 Awb toe te passen.

5. Beslissing

De Voorzitter wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

Aldus gewezen door mr. C. de Gooijer, Voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. M.A. Dirks, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 25 maart 1994.

15. Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 25 maart 1994, rollnummers 94/1211/0901195, 94/1212/090/195, 94/1213/090/195, 94/1214/090/195, en 94/1215/090/195

verzoek om voorlopige voorziening

De vennootschap naar Engels recht Sky Radio Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), verzoekster, gemachtigde: mr. E.J. Dommerring, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden:

mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage, en J. de Wit, ambtenaar ten departemente.

Voorts hebben zich als partij gesteld:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Publimusic b.v., gevestigd te Bussum, gemachtigde: mr. J.A. Schuman, advocaat te Utrecht, De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AM Nieuws Beheer b.v., gevestigd te Amsterdam, gemachtigde: mr. M.L.B. van den Biggelaar, advocaat te Amsterdam, De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Radio 10 Groep b.v., gevestigd te Amsterdam, gemachtigde: mr. P. van der Kroft, advocaat te Amsterdam, De vennootschap naar Engels recht

Classic FM Plc, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), gemachtigde: mr. D.J. Oranje, advocaat te Amsterdam,

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid North Sea Media Network b.v., gevestigd te Rotterdam, gemachtigde: mr. H.J. Breeman, advocaat te Rotterdam,

1. Het verloop van de procedure

Op 20 januari 1994 heeft verweerder aan een aantal gegadigden machtigingen verleend op grond van artikel 17 van de Wet Telecommunicatievoorzieningen (hierna WTV) voor het gebruik van een zender, op daarbij nader aangeduide frequenties en opstelplaatsen, ten behoeve van daarbij nader aangeduide programma's. Tegen die besluiten heeft verzoekster een op 11 februari 1994 gedaateerd bezwaarschrift ingediend bij verweerder. Bij een eveneens op 11 februari 1994 ter griffie van het College ingekomen verzoekschrift heeft verzoekster de Voorzitter van het College gevraagd, hangende de beslissingen op bezwaar bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat deze besluiten worden geschorst, althans voor wat betreft de toekenning van FM-frequenties. De verzoeken om voorlopige voorziening zijn behandeld ter zitting van 21 maart 1994, waar partijen vertegenwoordigd door hun gemachtigden zijn verschenen en hun standpunt nader hebben doen toelichten.

2. Grondslag van de geschillen

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting liggen aan de geschillen de volgende feiten en omstandigheden ten grondslag.

[...]

– Op grond daarvan konden een drietal radioprogramma's op een beperkte schaal worden uitgezonden. Zo kon de besloten vennootschap De Vrije Ether b.v. verzoeksters radioprogramma Sky Radio laten uitzenden door de Nozema

– De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft bij uitspraak van 19 maart 1993 genoemde goedkeuring vernietigd.

– Verweerder heeft toen besloten de bij eerdergenoemd besluit van 5 maart 1992 gerealiseerde tijdelijke frequentieverdeling te continueren, zij het op een andere rechtsgrond.

– Daartoe heeft verweerder bij afzonderlijke besluiten van 14 juli 1993 de vennootschappen, wier radioprogramma's werden uitgezonden op grond van de eerdergenoemde goedkeuring verleend aan de Nozema, zijnde onder meer verzoekster, machtiging verleend als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de WTV.

[...]

– Het door verzoekster ingediende bezwaar tegen de aan haar verleende machtiging, welk bezwaar zich onder meer richtte tegen de beperking in tijd,

is ongegrond verklaard. Tegen de beslissing op bezwaar is door verzoekster bij het College beroep ingesteld, dat aldaar is ingenomen onder nummer 93/1725/090/195. Het beroep is door het College behandeld ter zitting op 16 maart j.l.

[...]

– Zo heeft verweerder - onder verwijzing naar de door de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur op grond van artikel 167, tweede lid, van de Mediawet op 20 januari 1994 verleende toestemming aan binnenlandse commerciële omroepen voor de uitzending van daarbij aangeduide radioprogramma's - aan bedoelde commerciële omroepen, te weten Publicum b.v., Radio 10 Groep b.v., AM Nieuws Beheer b.v. en North Sea Media Network b.v., machtigingen verleend op grond van artikel 17 van de WTV voor het gebruik van een zender, onder nader gestelde voorwaarden en beperkingen.

– Verweerder heeft tevens op 20 januari 1994 een machtiging verleend op grond van artikel 17 van de WTV, voor het gebruik van een zender, onder nader gestelde voorwaarden en beperkingen, aan Classic FM Plc, te Londen, ten behoeve van het relayeren van een buitenlands radioprogramma, als bedoeld in artikel 167a, van de Mediawet.

[...]

3. De argumenten van verzoekster

• In al deze zaken staan voor Sky Radio Ltd. zeer grote belangen op het spel. Zij heeft zich eerder dan andere commerciële stations op de Nederlandse markt begeven. Zij bereikt echter nog steeds niet de mobiele luisteraar met de portable en niet de zo belangrijke autoradio.

• Het publiek acht Sky het station met de belangrijkste meerwaarde ten opzichte van het landelijk etheraanbod van Radio 1 t/m 5. Het verlies van de FM-frequentie in Rotterdam en het niet verwerven van een landelijke frequentie zal aanzienlijke schadelijke gevolgen voor Sky hebben in het niet kunnen uitbouwen van haar luisterpubliek en het geleidelijke verlies van luisteraars aan commerciële stations die wel een frequentie hebben verworven. Deze schade is becijferd op 71 miljoen gulden.

• Verweerder heeft twee machtigingen voor het gebruik van landelijk dekkende FM-frequenties afgegeven, te weten aan Radio Noordzee Nationaal (RNN) en aan Classic FM. RNN is een Nederlands station dat in haar bestaan een marktaandeel van niet meer dan 1% heeft weten te bereiken. Classic FM zendt in Engeland een ander programma uit dat daar nog geen 3% publiek bereikt.

• Op grond van de beschikkingen tijdelijke verdeling restfrequenties bezet Sky een FM-frequentie in Rotterdam (en bezit overigens RTL een frequentie in Den Haag en Rete Zero enkele frequenties in het

Noorden).

- Sky heeft met de schorsingsverzoeken beoogd de status quo te bevroren. Dat impliceert primair schorsing van alle definitieve FM- en AM-toewijzingen en schorsing van de intrekking van de tijdelijke FM-toewijzingen.
- Sky heeft de afgegeven beschikkingen op een groot aantal gronden bestreden. Op grond daarvan moet aan de rechtmatigheid van de beslissingen getwijfeld worden. Handhaving van de status quo is dan de voor de hand liggende ordemaatregel.
- De zenders op de AM, die zich, voor wat Radio 10 Gold en Holland FM betreft, tot dezelfde doelgroepen richten als Sky, zouden op basis van onrechtmatige beslissingen blijvende concurrentievoordelen kunnen behalen.
- De binnen art. 17 WTV vereiste afweging heeft niet plaatsgevonden. De criteria voor toewijzing zijn pas nadat de aanvragen waren ingediend in concreto vastgesteld en deels tijdens de procedure gewijzigd.
- Bij de toewijzing van Classic FM is niet de regel in acht genomen dat een machtiging voor het heruitzenden van een buitenlands programma slechts kan worden verleend als het om een programma gaat dat in het buitenland wordt uitgezonden. Classic FM zendt in Engeland een ander programma uit. Classic FM beschikt ook niet over kabel-aansluitingen in Nederland.
- Niet alleen dat we te maken hebben met volkomen willekeurige belangenafweging, ook is duidelijk dat de belangen van een aanvrager als Sky niet gewogen zijn.
- Verweerder beroept zich er op dat er beleidsvrijheid is om op basis van het programma diversiteitscriterium, zoals ingevuld in de beschikkingen, een niet door enig wettelijke bepaling genormeerde beleidskeuze te maken. Die opvatting is onjuist. Het gebezigde criterium is in strijd met nationaal en internationaal recht.
- Aan de eis dat grondwettelijke beperkingen wettelijk moeten zijn vastgelegd, voldoet het door verweerder gebezigde selectiecriterium niet. Bovendien is het beginsel dat de overheid in zaken van vrijheid van meningsuiting op afstand moet blijven in het hart getroffen.
- Het CBB heeft in de uitspraak van 6 november 1991 als grondslag voor de beslissing aangewezen art. 17, lid 7, onderdeel d, WTV. De beslissing is niet zonder kritiek gebleven voor wat de uitleg van genoemd artikelonderdeel betreft.
- Indien de redenering zou zijn dat verweerder op grond van art. 17, lid 7 onderdeel b of c, alsnog een verkapt toestemmingsvereiste op grond van artikel 167 Mediawet zou kunnen invoeren, is dat in strijd met de systematiek en de strekking van dit artikel en een détournement de pouvoir.
- De additionele criteria die aan de binnenlandse

omroep worden gesteld zijn niet in overeenstemming met de Mediawet. Art. 167 Mediawet is gekoppeld aan art. 71a Mediawet. Die artikelen staan niet toe dat programma-inhoudelijk criteria die aan de publieke omroep worden gesteld, aan de commerciële omroep worden gesteld.

- Verweerder heeft ervoor gekozen dat toewijzing en programma aan elkaar gekoppeld worden. Voor een dergelijke voorwaarde is geen grondslag in de Mediawet aan te wijzen. Art. 17 WTV biedt evenmin een basis om het gebruik van een zender aan een programma te binden. Een en ander geldt a fortiori voor buitenlandse omroepinstellingen, die over een generieke toestemming van de Mediawet beschikken.

- Op grond van jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens mag de overheid wel een vergunningenbeleid voeren ten aanzien van (commerciële) omroep, maar zal dit beleid moeten voldoen aan de strenge eis dat dit gebaseerd moet zijn op duidelijk toegankelijke en voor spelbare wetsbepalingen. De regeling voldoet op geen enkele manier aan de harde criteria. De door verweerder gebezigde selectiecriteriën zijn ten aanzien van Sky Radio in strijd met het EG-recht, omdat zij tot een niet toelaatbare beperking van de dienstvrijheid, tot verboden discriminatie en tot concurrentievervalsing leiden. De verdragsrechtelijke exceptie, ontleend aan overwegingen van cultureel belang ter bescherming van het eigen omroepbestel, is door het Hof van Justitie van de hand gewezen. Het diversiteitscriterium is door verweerder in de brochure uitgewerkt als 'de bijdrage die het programma vormt voor de ontwikkeling van de muziekcultuur in Nederland'. Hierin ligt een discriminatie naar nationaal recht opgesloten. EG-rechtelijk geldt dat geen programmasoorten aan de publieke omroep zijn voorbehouden. De FM voor exclusief gebied te verklaren van de publieke omroep is een verboden marktuitbreiding.
- Het CBB heeft in haar beslissing van 6 november 1991 het 'first come, first serve'-beginsel niet uitgesloten maar gezegd dat naast het belang van de aanvrager ook zou mogen meewegen de omvang van de doelgroep en het gewicht van de behoefte van de doelgroep. De beslissing is niet zonder kritiek gebleven, en wat zij precies betekent, is nog niet duidelijk. Zij betekent stellig geen vrijbrief voor een ongeclausuleerd programmabeleid van de minister van WVC.

4. Beoordeling van de verzoeken

4.1. Ingevolge het bepaalde in artikel 8:81 Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan indien voorafgaand aan een mogelijk beroep, bezwaar is gemaakt, op verzoek een voorlopige voorziening worden getroffen indien onverwijld spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

4.2. Dienaangaande overweegt de Voorzitter als volgt. Vooropgesteld zij dat, met uitzondering van die verleend aan Classic FM Plc, alle op 20 januari 1994 verleende machtigingen verleend zijn nadat en omdat de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (hierna: WVC) de ingevolge artikel 167 Mediawet vereiste toestemming heeft verleend. Tegen een besluit tot het verlenen van toestemming op grond van genoemd artikel van de Mediawet staat geen beroep open bij het College. De daarop betrekking hebbende argumenten moeten dus blijven rusten.

4.3. Omtrent de bezwaren die verzoekster overigens ertoe hebben doen concluderen dat de bestreden besluiten ten onrechte zijn genomen overweegt de Voorzitter als volgt. De aan Classic FM Plc verleende machtiging is niet verleend onder verwijzing naar een verleende toestemming op grond van artikel 167 Mediawet. Classic FM Plc is een organisatie die in Nederland een programma van een buitenlandse omroepinstelling wil uitzenden. Naar verweerders opvatting betreft het daarbij het zogenoemde relayeren van een buitenlands programma, als bedoeld in artikel 167a, lid 1, onder b, van de Mediawet. Toestemming op grond van de Mediawet niet is vereist, indien voldaan is aan het aldaar gestelde.

4.4 Verzoeksters stelling dat het programma dat Classic FM Plc in Nederland wenst uit te zenden niet wordt uitgezonden in het Verenigd Koninkrijk, mist naar het oordeel van de Voorzitter voorshands feitelijke grondslag. De Voorzitter neemt daarbij in aanmerking dat blijkens de stukken het Commissariaat voor de Media in zijn brief van 11 januari 1994, gericht aan de minister van WVC, zich op het standpunt gesteld heeft dat Classic FM Plc een programma uitzendt in het land van herkomst in overeenstemming met de aldaar geldende regelgeving.

4.5 Anders dan in het geval van de verlening van een machtiging aan een binnenlandse commerciële omroep, welke toestemming heeft gekregen op grond van art. 167 Mediawet, en in welke toestemmingverlening al een selectie besloten ligt, ontstaat bij de beoordeling van aanvragen om machtiging ten behoeve van het relayeren van buitenlandse programma's een verdelingsvraagstuk dat niet wordt opgelost binnen het kader van de toepassing van de Mediawet. Omtrent het als dan ontstane verdelingsvraagstuk geldt ingevolge jurisprudentie van het College dat louter technische overwegingen dan niet geschikt zijn om te bepalen welke

aanvraag(en) prioriteit behoort (behoren) te krijgen, alsmede dat het tot verlenen van machtigingen bevoegde orgaan niet in strijd met (het doel van) de WTV handelt indien de rangorde tussen verschillende aanvragers wordt bepaald met inachtneming

van overwegingen die niet rechtstreeks aan de tekst van de WTV worden ontleend. Daarbij is overwogen dat een beleid waarbij de verschillende aanvragen worden gewogen - gelet op de belangen van iedere individuele aanvrager, de omvang van de doelgroep die de aanvrager met de uitzendingen wil bereiken en het gewicht dat de behoeften van de doelgroep in de schaal leggen,

afgewogen tegen de behoefte waarin met een inwilliging van andere (al dan niet) potentiële aanvragen zou worden voorzien - evenzeer verenigbaar kan worden geacht met de WTV (zie uitspraak van 6 november 1991, 91/2483/090/195, alsmede de uitspraak van 5 januari 1994, 93/0755/090/195).

4.6 De aan Classic FM Plc verleende machtiging is gebaseerd op een verdelingsbeleid. Het is de Voorzitter niet gebleken dat het betreffende verdelingsbeleid, gezien de bovenstaande uitleg van het College, in strijd is met de WTV.

4.7 Voor een verdergaand onderzoek naar de geldigheid van de verleende machtigingen bestaat naar het oordeel van de Voorzitter in dit stadium van de procedure geen aanleiding. Het gaat nu immers uitsluitend om de vraag of de belangen van verzoekster enerzijds en die van de andere partijen anderzijds, het treffen van een voorziening met onverwijlde spoed noodzakelijk maken.

4.8 Dienaangaande overweegt de Voorzitter als volgt. Omtrent de belangen terzake van de gevraagde voorzieningen stelt de Voorzitter het volgende vast. Zoals is overwogen terzake van het verzoek om voorlopige voorziening onder nummer 94/1209/090/195, waar omtrent bij beslissing van heden eveneens uitspraak is gedaan, is een rechtens relevant belang voor verzoekster terzake van de continuering van de eertijds verleende tijdelijke zendmogelijkheid- bezien vanuit het bezit van de eertijds verleende tijdelijke machtiging - niet aanwezig. Ook terzake van de in dit geschil gevraagde voorzieningen is naar het oordeel van de Voorzitter, bezien vanuit het bezit van de eertijds verleende tijdelijke machtiging, geen rechtens relevant belang aanwezig dat een schorsing van de thans aan anderen dan verzoekster verleende machtigingen vordert. Terzake van genoemde verzoek, onder nummer 94/1209/090/195, is tevens overwogen dat verzoeksters belang terzake van de daarbij gevraagde voorziening, als gevolg van de beslissing van verweerder haar niet te selecteren als een van de gegadigden die voor een frequentietoedeling in aanmerking komt - bezien vanuit verzoeksters positie als een van die gegadigden - niet anders is dan de belangen van alle andere betrokkenen. Dit is hier niet anders. Voor zover verzoeksters belang, zoals zij aanvoert, is gelegen in het voorkomen dat de concurrentie voorsprong op haar krijgt, weegt dit niet zwaarder dan de belangen van de gegadig-

den die wel geselecteerd zijn. De omstandigheid dat verzoekster zich krachtens de eerdere tijdelijke machtiging reeds een bepaalde positie op de markt heeft verworven kan, gelet op het vorenoverwogene, in dit verband geen rol spelen.

4.9. Tenslotte valt op te merken dat een en ander overigens in nog sterkere mate opgeldt doet met betrekking tot de gevraagde schorsing van AM zendmogelijkheden, terwijl verzoekster zelf geen plannen heeft voor uitzendingen op de AM.

4.10. De omstandigheid dat thans de mogelijkheid nog bestaat dat de bestreden besluitvorming anders uitvalt naar aanleiding van de nog te nemen beslissingen op bezwaar, maakt dit niet anders. Ook verzoekster heeft gebruikgemaakt van een tijdelijke zendmachtiging, te weten de op 14 juni 1993 verleende machtiging, zodat de Voorzitter aanneemt dat ook het gebruikmaken van een machtiging welke nog niet onherroepelijk is, een relevant belang betreft. De Voorzitter vindt dan ook geen aanleiding om de verleende machtigingen te schorsen. Gelet op het vorenoverwogene komen de verzoeken niet voor toewijzing in aanmerking. De Voorzitter acht geen termen aanwezig artikel 8:75 Awb toe te passen.

5. Beslissing

De Voorzitter wijst de verzoeken om voorlopige voorziening af.

Aldus gewezen door mr. C. de Gooijer, Voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. M.A. Dirks, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 25 maart 1994.

16. College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 1994 nr. 93/2444/090/195

1. Mr A.W. Hins en

2. Mr P.B. Hugenholtz,

beiden te Amsterdam en handelende zowel voor zichzelf als voor de besloten vennootschap,

3. "Particuliere Zender Exploitatiemaatschappij De Vrije Ether", verzoekers, tegen

De minister van Verkeer en Waterstaat, te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: adv. mr E.J. Daalder, te 's-Gravenhage en mr J.A.M.W. de Wit, ambtenaar ten departemente.

1. Het verloop van de procedure

Bij brief, verzonden op 17 nov. 1993, kenmerk HDTP/93/26947/HW, heeft verweerder verzoekers mededeling gedaan van zijn beslissing het door verzoekers ingediende bezwaarschrift tegen zijn na te melden beschikking van 14 juli 1993 tot weigering van de door hen gevraagde machtiging inge-

volge het bepaalde bij art. 17 Wet op de telecomcommunicatievoorzieningen (WTV) ongegrond te verklaren en laatstgenoemde beschikking te handhaven.

Bij verzoekschrift, ter griffie ingekomen op 17 dec. 1993, hebben verzoekers tegen eerstvermelde beschikking beroep ingesteld. Zij hebben daarbij gevorderd dat het college de bestreden beschikking vernietigt, met veroordeling van verweerder tot vergoeding van de door verzoekers als gevolg van de bestreden beschikking geleden schade en in de kosten van de procedure.

Verweerder heeft onder overlegging van de op de zaak betrekking hebbende stukken op 9 maart 1994 een verweerschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is behandeld ter openbare terechtzitting van 16 maart 1994. Bij die gelegenheid zijn A.W. Hins en P.B. Hugenholtz verschenen in persoon, tevens verzoekster sub 3 vertegenwoordigd, en heeft verweerder zich doen vertegenwoordigen door zijn gemachtigden.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter openbare terechtzitting staan de volgende feiten en omstandigheden voor het college vast.

- Op 24 juli 1990 hebben verzoekers bij verweerder een aanvraag ingediend voor een machtiging krachtens art. 17 WTV voor de aanleg en exploitatie van één radiozender in Noord-Holland, locatie Wieringermeer, en één in Zuid-Holland, locatie Rotterdam, ten behoeve van het via de FM-band onverkort en gelijktijdig heruitzenden (relayeren) van radioprogramma's, afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen, die in één van de lid-staten van de EG gevestigd zijn, een en ander overeenkomstig het bepaalde bij art. 167A Mediawet. Op het moment van aanvraag was verzoekster sub 3 nog in staat van oprichting.

- Bij beschikking van 23 juli 1991 heeft verweerder de aanvraag van verzoekers afgewezen.

- Laatstgenoemde beschikking is door het college bij uitspraak van 6 nov. 1991, zaaknr. 91/2483/090/195, vernietigd met bepaling dat verweerder binnen vier maanden na verzending van de uitspraak een nieuwe beslissing neemt met inachtneming van het in de uitspraak overwogene.

- Bij beschikking van 5 maart 1992 is de gevraagde machtiging opnieuw geweigerd. Bij beschikking van gelijke datum is door verweerder aan de Nederlandse Omroepzendermaatschappij n.v. (Nozema) op grond van art. 2 onder f Radio-Omroepzenderwet 1935 (ROZ-wet) tijdelijk goedkeuring verleend een vijftal FM-frequenties met daarbij vermelde maximale uitzendvermogens te gebruiken.

- Tegen de tot Nozema gerichte beschikking heb-

ben verzoekers hierop ingesteld bij de Afdeling rechtspraak.

De Afdeling rechtspraak heeft deze beschikking bij uitspraak van 19 maart 1993 vernietigd daarbij overwegende dat, gelet op de uitspraak van het college van 27 jan. 1993, nr. 91/1633/090/195, aan Nozema geen voorkeursrecht als omschreven in art. 2 vierde lid jo. art. 1 tweede lid ROZ-wet toekomt.

- Tegen de tot verzoekers zelf gerichte beschikking van 5 maart 1992, gebaseerd op de WTV, hebben verzoekers beroep ingesteld bij het college.

Het college heeft deze beschikking bij uitspraak van 5 jan. 1994 vernietigd.

- Bij beschikkingen van 14 juli 1993 heeft verweerder aan een drietal omroeporganisaties - in beginsel tot 1 okt. 1993 - machtiging verleend voor het uitzenden (relayeren) van hun programma's, welke machtigingen onder meer betrekking hebben op de door verzoekers gevraagde frequenties 102.5 Mhz. en 102.7 Mhz.

- Aan verzoekers is, eveneens bij beschikking van 14 juli 1993, machtiging geweigerd voor het gebruik van deze frequenties. De beslissing op bezwaar tegen deze beschikking is voorwerp van het onderhavige beroep.

3. De bestreden beschikking en het standpunt van verweerder

Bij de bestreden beschikking heeft verweerder - voor zover hier van belang - het volgende overwogen.

"Appellanten maken bezwaar tegen de weigering op grond van art. 17 zevende lid onder b Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV) een machtiging te verlenen voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van een of meer zendingen voor de FM-frequenties 102.5 MHz (opstelplaats Wieringermeer) en 102.7 MHz (opstelplaats Rotterdam). Door appellanten is verder bezwaar gemaakt tegen het verlenen van machtigingen op grond van art. 17 eerste lid WTV, aan Sky Radio Ltd. te Londen (kenmerk HDTP/93/16045/HW) en RTO Rete Zero SRL te Milaan (kenmerk HDTP/93/16044/HW) voor resp. de FM-frequentie 102.7 MHz en 102.5 MHz. Deze twee machtigingen aan Sky Radio Ltd. en RTO Rete Zero SRL vervangen (gedeeltelijk) het besluit van 5 maart 1992, kenmerk HDTP/H/5997/HdW, waarbij aan de Nozema NV goedkeuring werd verleend tot gebruik van beide genoemde frequenties voor de uitzending van de programma's van deze twee buitenlandse omroepinstellingen.

(...)

Op 1 okt. jl. is de inschrijvingsprocedure voor de beschikbare frequenties voor commerciële omroep-toepassingen, opengesteld. Naar zich nu laat aanzien zal uiterlijk 21 jan. 1994 over de ingediende

aanvragen zijn besloten. Vanaf die datum vervallen dan de drie op 14 juli 1993 verleende machtigingen voor het gebruik van in totaal 5 FM-frequenties. De in begin 1994 te verlenen machtigingen zullen een looptijd van drie tot vijf jaar hebben. Over het daaraan ten grondslag liggende frequentietoewijzingsbeleid is uitvoerig overleg gevoerd met de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Tweede Kamer (zie II 22147, nrs. 1, 2, 5, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 34, 36 en Handelingen nr. 36, 8 sept. 1993, TK 91-6794 - 91-6810). De Tweede Kamer is akkoord gegaan met de wijze waarop de beschikbare frequenties zullen worden uitgegeven.

(...)

Zoals in het besluit van 14 juli 1993 uitvoerig uiteengezet, is er voor gekozen de geselecteerde commerciële omroeporganisaties zelf een machtiging te verlenen, zodat zij zelf of gebruikmakend van de diensten van een zendermaatschappij de uitzending van hun programma ter hand kunnen nemen. In het kader van een doelmatige etherorde worden de andere aanvragen afgewezen. Er is nu eenmaal sprake van schaarste aan beschikbare omroepfrequenties en er kunnen niet meer machtigingen worden verleend dan de beschikbare frequentieruimte toelaat.

(...)

Uiteraard heb ik mij bij de voorbereiding van de besluitvorming van 14 juli 1993 rekenschap gegeven van de uitbreiding van het mogelijke aantal beschikbare frequenties. Een groot aantal commerciële omroeporganisaties heeft immers sinds het voorjaar 1992 een toenemende belangstelling getoond voor het gebruik van omroepfrequenties. Al deze organisaties hadden dan mee moeten kunnen dingen naar nieuw beschikbaar gekomen frequenties. Het was op 14 juli 1993 duidelijk dat de discussie met de Tweede Kamer over het omroepfrequentiebeleid zich in een afrondende fase bevond. Het had in mijn ogen dan ook weinig zin voor de beschikbare vijf, tien of elf FM-frequenties een nieuwe verdeling te laten plaatsvinden over alle op dat moment in aanmerking komende gegadigden. Daartoe dient nu juist de per 1 okt. jl. opengestelde inschrijvingsprocedure.

Ook de verdeling van de tien of elf frequenties over alleen de drie omroepinstellingen die op 14 juli 1993 een machtiging werd verleend (Sky Radio Ltd., RTO Rete Zero SRL en Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA te Luxemburg) lag niet voor de hand, omdat immers anderen in de tussentijd ook belangstelling hadden getoond voor de FM-frequenties. Ik was en blijf van mening dat de verlening van de machtigingen aan de drie commerciële omroepinstellingen en de weigering een machtiging te verlenen aan appellanten zo veel mogelijk de vanaf 5 maart 1992 gepleegde

verdeling dient te volgen. Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat bij de huidige uitgevoerde verdeling niet is vooruitgelopen op de criteria die gehanteerd zullen worden bij de verdeling naar aanleiding van de procedure die per 1 okt. jl. is opengesteld.

(...)

Op 5 maart 1992 werd aan de Nozema NV onder andere goedkeuring verleend voor het gebruik van de FM-frequentie 102.7 MHz voor de uitzending van het programma van Sky Radio Ltd. te Londen. Appellanten werd hierbij een bemiddelende rol toebedeeld, omdat zij naar eigen opgave een overeenkomst met Sky Radio Ltd. hadden gesloten voor de uitzending van dit programma. Zowel appellanten, als Sky Radio Ltd. werd een machtiging geweigerd. De uitzending van het programma van Sky Radio Ltd. werd verzorgd door de Nozema NV. Appellanten hebben dus niet zelf zendrichtingen hoeven aan te leggen en derhalve ook geen investeringen hoeven plegen.

Vanaf 14 juli 1993 beschikken de drie hiervoor genoemde buitenlandse omroepinstellingen, waaronder Sky Radio Ltd., over een machtiging voor de uitzending van het eigen programma. Het staat hun daarbij, binnen de door hen daarover afgesloten overeenkomsten, vrij om zelf te gaan uitzenden of dat aan appellanten of andere zendermaatschappijen over te laten. De positie van appellanten wordt derhalve niet miskend en de belangen van appellanten worden niet aangetast. Het staat appellanten immers net als voorheen vrij overeenkomsten met commerciële omroepinstellingen te sluiten voor de uitzending van programma's."

In het verweerschrift heeft verweerder een nadere uiteenzetting gegeven van de overwegingen die ten grondslag liggen aan de besluitvorming, resulterend in onder meer de weigering van 14 juli 1993 om aan verzoekers een tijdelijke zendermachtiging te verlenen. Verweerder heeft, zo stelt hij, de keuze tussen de verschillende mogelijkheden aan de hand van een belangenafweging gemaakt, daartoe onder meer het volgende aanvoerend:

"Het resultaat van - op zich zelf redelijke - belangenafweging was dat werd besloten om de bestaande situatie voor een korte periode te continueren."

(...)

"Voor Vrije Ether geldt dat zij bij de beschikking van 3 (bedoeld zal zijn "5" - Coll.) maart 1992 is aangemerkt als een organisatie die mede het Sky Radioprogramma wenste uit te zenden. Nu Sky Radio zelf ook een machtiging had aangevraagd - en heeft gekregen - bestond er reeds hierom geen reden om aan de Vrije Ether een machtiging te verlenen.

Daarboven geldt dat de minister het onjuist en onwenselijk acht als bij de verdeling van (zeer)

schaarse etherfrequenties via een machtiging frequenties worden toebedeeld aan anderen dan omroepinstellingen, althans zonder dat die ander heeft aangegeven welk programma hij wil gaan verzorgen. De minister stelt zich op het standpunt dat in de situatie waarin het aantal beschikbare frequenties uiterst beperkt is de vrijheid van meningsuiting in het gedrag komt indien een democratisch noch juridisch controleerbare derde beschikking over die frequenties krijgt en deze vervolgens uitsluitend op basis van een commerciële belangenafweging aan derden ter beschikking kan stellen. Dat betekent dat de minister het beleid voert dat voorzover er voldoende belangstelling is van omroeporganisaties geen machtiging wordt verleend aan een zenderexploitant, althans niet zolang deze niet aangeeft welk programma zal worden uitgezonden. De minister neemt daarbij in aanmerking dat - gegeven het feit dat het voorkeursrecht van Nozema niet geldt - een zendermaatschappij dezelfde mogelijkheden heeft als Nozema en derhalve haar diensten kan aanbieden aan omroepinstellingen die een machtiging verkrijgen."

4. De grieven van verzoekers

Verzoekers hebben de volgende grieven in de woorden van het college aangevoerd.

- Zowel uit de tekst van art. 167A Mediawet als uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever nooit voor ogen heeft gestaan dat de machtiging tot het aanleggen, het aanwezig hebben of het gebruiken van een omroepzender uitsluitend verleend zou mogen worden aan een omroepinstelling.

Impliciet volgt uit de uitspraak van het college van 5 jan. 1994 in de zaak nr. 93/0755/090/195, dat naar het oordeel van het college een machtiging ex art. 17 WTV ten behoeve van het relayeren van in het buitenland uitgezonden programma's slechts aan een zendermaatschappij mag worden verleend. Zodanige uitleg van die uitspraak past volledig in de geschiedenis van de totstandkoming van genoemd artikel van de Mediawet. Daaruit komt immers naar voren dat de wetgever een duidelijke scheiding voor ogen heeft gestaan tussen het beheeren van een zender enerzijds en het verzorgen van een programma anderzijds. Dit sluit aan bij het bepaalde bij art. 70A Mediawet. Dit artikel was in het oorspronkelijke wetsontwerp betreffende onder meer de invoering van art. 167A Mediawet van overeenkomstige toepassing verklaard. In de vierde nota van wijziging is de definitieve, nu geldende, tekst voorgesteld. Uit de daarbij behorende toelichting kan worden afgeleid, dat de wetgever daarmee geen inhoudelijke wijziging van het eerdere ontwerp heeft beoogd.

Het aan de bestrede beschikking ten grondslag liggende beleid, waardoor in de praktijk alleen omroepinstellingen in aanmerking komen voor een

zendmachtiging, is dan ook in strijd met art. 17 WTV jo. art. 167A Mediawet.

- De voorkeur van verweerder om zendermachtigingen te verlenen aan omroepinstellingen berust op de wens zelf de uit te zenden programma's te kunnen selecteren. Mede gelet op de omstandigheid, dat het daaruit voortvloeiende selectiebeleid niet berust op regelgeving vastgelegd in een wet in formele zin moet dit beleid als strijdig met de uitingenvrijheid, gewaarborgd door art. 7 lid 2 Gr.w en art. 10 EVRM worden aangemerkt.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Met ingang van 1 jan. 1994 is de Awb in werking getreden en de Wet Arbo gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht brengen mee dat op het onderhavige beroep moet worden beslist met toepassing van laatstgenoemde wet zoals die luidde vóór 1 jan. 1994. Ten aanzien van de bevoegdheid van het college een partij te veroordelen in de kosten van de procedure is ingevolge het overgangsrecht art. 8:75 Awb van toepassing.

5.2 In geding is de beslissing op bezwaar, houdende handhaving van de beschikking van 14 juli 1993, waarbij aan verzoekers machtiging is geweigerd, als bedoeld in art. 17 eerste lid WTV voor het aanleggen, aanwezig hebben of gebruiken van twee FM-radiozenders. Aan de weigering ligt een aanvraag van 24 juli 1990 ten grondslag. Op die aanvraag was reeds tweemaal eerder in voor verzoekers negatieve zin beslist. De desbetreffende beschikkingen zijn bij uitspraken van het college van 6 nov. 1991 resp. 5 jan. 1994 vernietigd.

Uit de bestrede beschikking en hetgeen verweerder daaromtrent ter toelichting heeft aangevoerd, blijkt dat verweerder met hogervermelde beschikkingen van 14 juli 1993 heeft beoogd de tijdelijke verdeling en toedeling van de zogenoemde restfrequenties, voortvloeiend uit de beschikkingen van 5 maart 1992, behoudens voor wat betreft de aan Nozema toebedachte rol, te handhaven. Verweerder heeft hiertoe de omroeporganisaties, waarvan Nozema op grond van de besluitvorming van 5 maart 1992 de programma's diende uit te zenden, rechtstreeks machtigingen om die programma's op de eerder toegewezen frequenties te relayeren, verleend.

5.3 Verzoekers zijn van opvatting, dat aan de WTV en de Mediawet in hun onderlinge samenhang beschouwd niet de bevoegdheid kan worden ontleend om aan omroeporganisaties een zendermachtiging te verlenen. Reeds om die reden, zo begrijpt het college de eerste grief, levert de omstandigheid, dat de voor tijdelijke verdeling beschikbare frequenties reeds aan een drietal omroeporganisaties waren toegewezen, geen deugdelijke grondslag op voor de weigering verzoekers, althans De Vrije

Ether, een zendermachtiging te verlenen. Het college volgt verzoekers niet in deze grief. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

Weliswaar heeft het college in zijn uitspraak van 5 jan. 1994, waarop verzoekers in dit verband een beroep doen, overwogen, dat het weigeren van een zendermachtiging ten behoeve van het relayeren van buitenlandse programma's, louter op de grond dat de aanvrager niet een omroeporganisatie is, zich niet verdraagt met de strekking van het bij art. 167A jo. art. 66 Mediawet bepaalde, maar het omgekeerde, namelijk dat omroeporganisaties voor zo een machtiging niet in aanmerking komen, valt in die overweging niet te lezen.

Ook in de tekst en de wetsgeschiedenis van art. 167A Mediawet is geen steun voor de opvatting van verzoekers te vinden. In de aanvankelijk voorgestelde tekst van dat artikel, was art. 70A Mediawet - houdende voor zover hier van belang het verbod voor de exploitanten van een draadomroepinrichting om programma's te verzorgen die via een draadomroepinrichting worden uitgezonden - van overeenkomstige toepassing verklaard op het uitzenden van programma's met gebruik van zenders. In de versie van art. 167A, die uiteindelijk het Staatsblad heeft bereikt, is de verwijzing naar art. 70A niet opgenomen. Daarvoor is in de plaats gekomen het huidige vierde lid van art. 167A. Met deze wijziging is, blijkens de wetsgeschiedenis, niet beoogd inhoudelijk wijzigingen aan te brengen doch slechts de bedoeling van de wetgever te verduidelijken. Ingevolge laatstgenoemd artikellid is het "beheerders en exploitanten van een draadomroepinrichting (...) niet toegestaan programma's te verzorgen die door middel van een zender worden uitgezonden." In deze bepaling valt niet te lezen, dat dit verbod zich ook uitstrekt tot de beheerder van een zender. Indien art. 167A in zijn oorspronkelijke (ontwerp-) versie al aanknopingspunten mocht bieden voor een andersluidende interpretatie, dan is met de definitieve tekst van dit artikel komen vast te staan, dat de wetgever niet heeft beoogd zo een verbod voor de zenderbeheerder in het leven te roepen.

Uit het systeem van de betreffende wettelijke bepalingen volgt wel, dat, voor zover een omroeporganisatie buitenlandse programma's relayeert zonder daarvoor over zendtijd of toestemming op grond van de Mediawet te beschikken, zij dit dient te doen in de hoedanigheid van beheerder van een zender. Het is haar in die situatie derhalve niet toegestaan programma-onderdelen aan die buitenlandse programma's toe te voegen.

5.4 Het vorenoverwogene voert tot de conclusie dat de frequentieverdeling tot stand gebracht bij de beschikkingen van 14 juli 1993, niet louter, omdat hierbij machtigingen zijn verleend aan omroeporganisaties, in strijd is met de toepasselijke bepa-

lingen van de WTV en de Mediawet. De eerste grief treft dus geen doel.

5.5 Van de door verzoekers bij de tweede grief gestelde strijdigheid met de uitingvrijheid, zoals gewaarborgd door de Grondwet en het EVRM, is naar het oordeel van het college evenmin sprake. In de eerste plaats wordt hiertoe overwogen dat de beschikkingen van 14 juli 1993 in samenhang waarmee de bestreden beschikking moet worden beschouwd hun grondslag vinden in een wettelijk systeem, namelijk het systeem dat is neergelegd in de WTV in samenhang met de Mediawet.

Aan verzoekers kan worden toegegeven dat bedoelde wettelijke bepalingen niet zodanig concreet zijn, dat de gegeven beschikkingen het voorspelbare resultaat van de toepassing daarvan zijn. Op het terrein in kwestie moet het stellen bij wet in formele zin van concrete verdelingscriteria in de kennelijk door verzoekers gewenste zin echter niet mogelijk worden geacht, aangezien de relevante factoren voortdurend evolueren, onder meer in het verlengde van de ontwikkelingen in de markt en de techniek. In een situatie als waarin verweerder zich bevond, waarin voor een beperkte periode een voorziening moest worden getroffen, is het voorts niet onaanvaardbaar dat met de verdeling van de beschikbare frequenties aan op het tijdstip van de aanvragen niet kenbaar beleid toepassing is gegeven. Gelet op het aan de verdeling ten grondslag gelegde uitgangspunt, dat het tijdstip van de aanvraag bepalend is voor de eventuele, gedeeltelijke, honorering daarvan, kan voorts niet worden geoordeeld dat verweerder aan de inhoud van de uit te zenden programma's doorslaggevend gewicht heeft toegekend bij de besluitvorming. Reeds daarom kunnen verzoekers niet worden gevolgd in hun opvatting, dat uit de besluitvorming van 14 juli 1993 blijkt dat verweerder voorafgaand toezicht op de uit te zenden programma's heeft willen uitoefenen. Ook deze grief is derhalve tevergeefs voorgedragen.

5.6 Toch komt de bestreden beschikking voor vernietiging in aanmerking. Daartoe overweegt het college als volgt.

Aan de beschikkingen van 14 juli 1993 ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de frequentieverdeling en -toedeling voortvloeiend uit de beschikkingen van 5 maart 1992 wordt gehandhaafd. Het college wordt gelet hierop allereerst voor de vraag geplaatst, of aan de met de beschikkingen van 5 maart 1992 tot stand gebrachte tijdelijke verdeling en toedeling van etherfrequenties, indien de daarbij aan Nozema toegedachte rol buiten beschouwing wordt gelaten, zodanige gebreken kleven, dat verweerder deze niet als uitgangspunt voor de beschikkingen van 14 juli 1993 heeft kunnen hanteren. Het college overweegt daaromtrent als volgt.

5.7 Zoals reeds overwogen in meergenoemde

tussen partijen gewezen uitspraak van het college van 6 nov. 1991, komt verweerder met betrekking tot het verlenen van machtigingen als in het geding beleidsruimte toe, in die zin dat niet in strijd met het doel van de WTV wordt gehandeld indien de rangorde tussen de verschillende aanvragen wordt bepaald met in achtneming van overwegingen die niet rechtstreeks aan de tekst van de WTV zijn ontleend. Gelet op de noodzaak om snel te beslissen, enerzijds, en de beperkte duur, waarvoor de te verlenen machtigingen zouden gelden, anderzijds, kan niet worden geoordeeld dat verweerder niet in redelijkheid bij de door hem gemaakte belangenafweging tot een verdelingsresultaat heeft kunnen komen, als neergelegd in de beschikkingen van 5 maart 1992. Het college acht het aanvaardbaar, dat verweerder bij het geven van zijn beschikkingen van 14 juli 1993 het uitgangspunt heeft gehanteerd, dat de met de beschikkingen van 5 maart 1992 tot stand gebrachte tijdelijke verdeling zou worden gecontinueerd. De overwegingen die verweerder er op 5 maart 1992 toe hadden gebracht om een tijdelijke voorziening te treffen waren op 14 juli 1993 immers nog steeds actueel.

5.8. Onderdeel van de op 5 maart 1992 tot stand gebrachte verdeling en toedeling van etherfrequenties vormde, dat "de eerste aanvrager, de Vrije Ether BV ten behoeve van het Sky Radio - programma, met als eerste voorkeur Rotterdam, (...) het pakket Rotterdam voor gebruik (krijgt) toegewezen". Op dit onderdeel is door de verlening op 14 juli 1993 van een tijdelijke machtiging "voor het pakket Rotterdam" rechtstreeks aan Sky Radio Ltd. en de gelijktijdige complementaire weigering, die bij de bestreden beschikking is bevestigd, om aan De Vrije Ether BV een tijdelijke machtiging voor dat pakket te verlenen, van de bestaande verdeling en toedeling afgeweken. De Vrije Ether is immers een van Sky Radio Ltd. te onderscheiden rechtspersoon.

Het college is niet gebleken dat Sky Radio Ltd., onafhankelijk van De Vrije Ether, vóór de door verweerder bij zijn besluitvorming van 5 maart 1992 in dit verband aangehouden datum van 6 nov. 1991 in de vorm van een aanvraag belangstelling heeft getoond voor een zendermachtiging. Dit betekent dat verweerder ten aanzien van De Vrije Ether geen toepassing heeft gegeven aan het bij de tijdelijke verdeling van 5 maart 1992 gehanteerde criterium, volgorde van tijdstip van de uitgesproken voorkeur.

5.9 Verweerder heeft de bovengeschetste handwijze ten opzichte van De Vrije Ether gemotiveerd met het argument, in de woorden van het college, dat Sky Radio Ltd. inmiddels belangstelling had getoond voor een zendermachtiging. Aangezien verweerder zich ten doel had gesteld voor zoveel mogelijk de geselecteerde commerciële omroepor-

ganisaties zelf een machtiging te verlenen, lag het verlenen van een machtiging rechtstreeks aan Sky Radio in plaats van aan De Vrije Ether dus in de rede.

Gelet op deze motivering rijst de vraag, of het belang van het bereiken van deze doelstelling rechtvaardigt dat verweerder niet onverkort heeft vastgehouden aan de modaliteiten van de op 5 maart 1992 tot stand gebrachte frequentieverdeling, onder meer inhoudende dat aan De Vrije Ether terzake van het relayeren van door Sky Radio uitgezonden programma's een bemiddelende rol was toegekend. Het college beantwoordt die vraag ontkenkend.

Het nastreven van bedoelde doelstelling staat haaks op het blijkens de bestreden beschikking beoogde beleidsneutrale karakter van de besluitvorming neergelegd in de 14 juli 1993-beschikkingen. Bij de frequentieverdeling voorzien in de beschikkingen van 5 maart 1992, die verweerder in beginsel wilde handhaven, heeft het al of niet zijn van een omroep-instelling immers niet als verdelingscriterium gegolden.

Overigens valt niet in te zien welk rechtens relevant belang ten tijde van het geven van de bestreden beschikking en de daarmee samenhangende beschikkingen gediend was met het bereiken van bedoelde doelstelling. Het ging toen immers om het treffen van een tijdelijke voorziening in afwachting van definitieve besluitvorming waarbij, binnen de wettelijke grenzen, alsnog ten volle uitvoering zou kunnen worden gegeven aan het door verweerder terzake van het gebruik van frequenties voorgestane beleid.

Tegenover het door verweerder gestelde belang staat het belang, dat De Vrije Ether had bij het zoveel mogelijk vasthouden aan de op 5 maart 1992 tot stand gebrachte tijdelijke verdeling van de beschikbare frequenties. Dit zou hebben geresulteerd in het - onder voorwaarden - verlenen van een zendermachtiging aan deze rechtspersoon. Aannemelijk is dat zulks een financieel voordeel voor De Vrije Ether zou hebben opgeleverd.

Gelet op het vorenoverwogene is de conclusie, dat verweerder bij afweging van de betrokken belangen De Vrije Ether niet in redelijkheid een tijdelijke machtiging voor het gebruik van de zender "Rotterdam" heeft kunnen onthouden. De bestreden beschikking komt derhalve in aanmerking voor vernietiging op de grond genoemd in art. 5 onder c Wet Arbo, zoals deze tot 1 jan. 1994 luidde. Aldus wordt beslist.

5.10 Aangezien door verweerder de beschikkingen van 14 juli 1993, waarbij tijdelijke zendermachtigingen zijn verleend, inmiddels zijn vervangen door nieuwe beschikkingen, waaraan ander dan het in deze uitspraak besproken beleid ten grondslag ligt, acht het college het niet opportuun te bepalen

dat verweerder een nieuwe beschikking in de plaats stelt van de beschikking die bij deze uitspraak wordt vernietigd.

Het college acht gelet op art. 8:75 Awb termen aanwezig om, verweerder, nu hij in het ongelijk is gesteld, te veroordelen in de kosten welke verzoekers in verband met dit geding hebben gemaakt, en de Staat aan te wijzen als de rechtspersoon die die kosten, welke met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden vastgesteld op f 1420, moet vergoeden. Voorts dient ingevolge art. 56 zesde lid Wet Arbo te worden bepaald dat de Staat aan verzoekers het door hen gestorte griffierrecht vergoedt.

Met betrekking tot de vordering van verzoekers de Staat te veroordelen tot vergoeding van de door hen als gevolg van de bestreden beschikking geleden schade houdt het college een beslissing aan tot partijen, eerst verzoekers en vervolgens verweerder, zich schriftelijk en vervolgens ter zitting van het college nader over deze vordering hebben uitgelaten.

Gezien het vorenstaande wordt beslist als volgt.

6. De beslissing

Het college:

- vernietigt de bestreden beschikking van verweerder van 17 nov. 1993 met het kenmerk HDTP/93/26947/HW;
- bepaalt dat niet opnieuw in de zaak behoeft te worden voorzien;
- veroordeelt verweerder in de kosten van de procedure, gevallen aan de zijde van verzoekers, welke worden begroot op f 1420 (zegge: veertienhonderd en twintig gulden) voor alle verzoekers tezamen;
- wijst de Staat aan als de rechtspersoon die deze kosten moet vergoeden;
- verstaat dat het door verzoekers betaalde griffierrecht ad f 150 (zegge: honderdvijftig gulden) door de Staat aan hen wordt vergoed;
- bepaalt, dat de behandeling ter zitting op nader vast te stellen tijdstip zal worden hervat, nadat partijen, eerst verzoekers en vervolgens verweerder, zich te voren schriftelijk hebben uitgelaten over de door verzoekers ingestelde vordering tot schadevergoeding;
- wijst af het meer en anders gevorderde.

17. College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 1994, nrs 93/2445/090/195 en 93/2447/090/195

Uitspraak in de zaken van:

A. 1. Mr. A.W. Hins en 2. Mr. P.B. Hugenholtz, beiden wonende te Amsterdam en handelende zowel voor zichzelf als voor de besloten vennoot-

schap, 3. 'Particuliere Zender Exploitatiemaatschappij De Vrije Ether' (hierna ook: De Vrije Ether),

B. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ceryx B.V., zetelend te Amsterdam, (hierna ook: Ceryx), verzoekers, tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage en J. de Wit, ambtenaar ten departemente, en Sky Radio Ltd., zetelend te Londen, als derde belanghebbende partij (hierna ook: Sky Radio), gemachtigde: mr. E.J. Dommering, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Het verloop van de procedure

Bij brieven, verzonden op 17 november 1993, kenmerk HDTP/93/26944/ HW en HDTP/93/26948/HW, heeft verweerder verzoekers mededeling gedaan van zijn beslissing de door verzoekers ingediende bezwaarschriften tegen zijn beschikking van 14 juli 1993, kenmerk HDTP/93/16045/ HW, waarbij aan Sky Radio Ltd. te Londen machtiging is verleend, als bedoeld in artikel 17, eerste lid van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV) voor het aanleggen, aanwezig hebben en gebruiken van een of meer zendingrichtingen voor de frequentie 102.7 Mhz (opstelplaats Rotterdam) ongegrond te verklaren en laatstgenoemde beschikking te handhaven.

Bij verzoekschriften, ter griffie ingekomen op 17 december 1993, hebben verzoekers tegen de beschikkingen van 17 november 1993 beroep ingesteld. Zij hebben daarbij gevorderd dat het College de bestreden beschikking vernietigt met veroordeling van verweerder tot vergoeding van de door verzoekers als gevolg van de bestreden beschikking geleden schade en in de kosten van de procedure.

Verweerder heeft onder overlegging van de op de zaken betrekking hebbende stukken op 9 maart 1994 een verweerschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot verwerping van de beroepen. De zaken zijn gevoegd behandeld ter openbare terechtzitting van 16 maart 1994. Bij die gelegenheid zijn A.W. Hins en P.B. Hugenholtz verschenen in persoon, tevens verzoeksters sub A 3 en B vertegenwoordigd en hebben verweerder en Sky Radio zich doen vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter openbare terechtzitting staan de volgende feiten en omstandigheden voor het College vast.

• Op 24 juli 1990 hebben verzoekers sub A bij verweerder een aanvraag ingediend voor een

machtiging krachtens artikel 17 WTV voor de aanleg en exploitatie van één radiozender in Noord-Holland, locatie Wieringermeer, en één in Zuid-Holland, locatie Rotterdam, ten behoeve van het via de FM-band onverkort en gelijktijdig heruitzenden (relayeren) van radioprogramma's, afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen, die in één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap gevestigd zijn, een en ander overeenkomstig het bepaalde bij artikel 167A van de Mediawet. Op het moment van aanvraag was verzoekster sub A 3 nog in staat van oprichting.

• Bij beschikking van 23 juli 1991 heeft verweerder de aanvraag van verzoekers sub A afgewezen.

• Laatstgenoemde beschikking is door het College bij uitspraak van 6 november 1991, zaaknummer 91/2483/090/195, vernietigd met bepaling dat verweerder binnen vier maanden na verzending van de uitspraak een nieuwe beslissing neemt met inachtneming van het in de uitspraak overwogene.

• Bij beschikking van 5 maart 1992 is de gevraagde machtiging opnieuw geweigerd. Bij beschikking van gelijke datum is door verweerder aan de Nederlandse Omroepzendermaatschappij n.v. (hierna ook: Nozema) op grond van artikel 2, onder f, van de Radio-Omroepzenderwet 1935 (hierna: ROZ-wet) tijdelijk goedkeuring verleend een vijftal FM-frequenties met daarbij vermelde maximale uitzendvermogens te gebruiken.

• Tegen de tot Nozema gerichte beschikking hebben verzoekers sub A beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. De Afdeling heeft deze beschikking bij uitspraak van 19 maart 1993 vernietigd, daarbij overwegende dat, gelet op de uitspraak van het College van 27 januari 1993, nr. 91/1633/090/195, aan Nozema geen voorkeursrecht als omschreven in artikel 2, vierde lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de ROZ-wet toekomt.

• Tegen de tot verzoekers sub A gerichte beschikking van 5 maart 1992, gebaseerd op de WTV, hebben deze verzoekers beroep ingesteld bij het College.

• Het College heeft deze beschikking bij uitspraak van 5 januari 1994 vernietigd.

• Op 29 oktober 1992 hebben verzoekers sub A 1 en 2 verzoekster sub B (Ceryx) opgericht.

• Bij brief van 12 januari 1993 heeft Ceryx een aanvraag ingediend voor een zendmachtiging voor alle beschikbare frequenties. Deze aanvraag is afgewezen bij beschikking van 7 april 1993. Het door Ceryx hiertegen ingediende bezwaarschrift is door verweerder bij beschikking van 27 juli 1993 ongegrond verklaard.

• Bij beschikkingen van 14 juli 1993 heeft verweerder aan een drietal omroeporganisaties, waaronder Sky Radio, - in beginsel tot 1 oktober 1993 - machtiging verleend voor het uitzenden (relayeren)

van hun programma's, welke machtigingen onder meer betrekking hebben op de door verzoekers sub A gevraagde frequenties 102.5 Mhz en 102.7 Mhz.

- Aan verzoekers sub A is eveneens bij beschikking van 14 juli 1993, machtiging geweigerd voor het gebruik van deze frequenties.

3. De bestreden beschikking en het standpunt van verweerder

Bij de bestreden beschikking heeft verweerder - voor zover hier van belang - het volgende overwogen.

*Appellanten maken bezwaar tegen de weigering op grond van artikel 17, zevende lid, onder b, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: WTV) een machtiging te verlenen voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van een of meer zendinrichtingen voor de FM-frequenties 102.5 MHz (opstelplaats Wieringermeer) en 102.7 MHz (opstelplaats Rotterdam). Door appellanten is verder bezwaar gemaakt tegen het verlenen van machtigingen op grond van artikel 17, eerste lid, van de WTV, aan Sky Radio Ltd. te Londen (kenmerk HDTP/93/16045/ HW) en RTO Rete Zero SRL te Milaan (kenmerk HDTP/93/16044/HW) voor resp. de FM-frequentie 102.7 MHz en 102.5 MHz. Deze twee machtigingen aan Sky Radio Ltd. en RTO Rete Zero SRL vervangen (gedeeltelijk) het besluit van 5 maart 1992, kenmerk HDTP/H/5997/ HdW, waarbij aan de NOZEMA NV goedkeuring werd verleend tot gebruik van beide genoemde frequenties voor de uitzending van de programma's van deze twee buitenlandse omroepinstellingen. (...) Op 1 oktober jl. is de inschrijvingsprocedure voor de beschikbare frequenties voor commerciële omroepoepassingen, opengesteld. Naar zich nu laat aanzien zal uiterlijk 21 januari 1994 over de ingediende aanvragen zijn besloten. Vanaf die datum vervallen dan de drie op 14 juli 1993 verleende machtigingen voor het gebruik van in totaal 5 FM-frequenties. De in begin 1994 te verlenen machtigingen zullen een looptijd van drie tot vijf jaar hebben. Over het daaraan ten grondslag liggende frequentietoewijzingsbeleid is uitvoerig overleg gevoerd met de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Tweede Kamer (zie II 22147, nrs. 1, 2, 5, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 34, 36 en Handelingen nr. 36, 8 september 1993, TK 91-6794 - 91-6810). De Tweede Kamer is akkoord gegaan met de wijze waarop de beschikbare frequenties zullen worden uitgegeven. (...) Zoals in het besluit van 14 juli 1993 uitvoerig uiteengezet, is er voor gekozen de geselecteerde commerciële omroeporganisaties zelf een machtiging te verlenen, zodat zij zelf of gebruikmakend van de diensten van een zendermaatschappij de uitzending van hun programma ter hand kunnen nemen. In het kader van een doelma-

tige etherordening worden de andere aanvragen afgewezen. Er is nu eenmaal sprake van schaarste aan beschikbare omroep frequenties en er kunnen niet meer machtigingen worden verleend dan de beschikbare frequentieruimte toelaat.

(...)

Uiteraard heb ik mij bij de voorbereiding van de besluitvorming van 14 juli 1993 rekenschap gegeven van de uitbreiding van het mogelijke aantal beschikbare frequenties. Een groot aantal commerciële omroeporganisaties heeft immers sinds het voorjaar 1992 een toenemende belangstelling getoond voor het gebruik van omroep frequenties. Al deze organisaties hadden dan mee moeten kunnen dingen naar nieuw beschikbaar gekomen frequenties. Het was op 14 juli 1993 duidelijk dat de discussie met de Tweede Kamer over het omroep frequentiebeleid zich in een afrondende fase bevond. Het had in mijn ogen dan ook weinig zin voor de beschikbare vijf, tien of elf FM-frequenties een nieuwe verdeling te laten plaatsvinden over alle op dat moment in aanmerking komende gegadigden. Daartoe dient nu juist de per 1 oktober jl. opengestelde inschrijvingsprocedure.

Ook de verdeling van de tien of elf frequenties over alleen de drie omroepinstellingen die op 14 juli 1993 een machtiging werd verleend (Sky Radio Ltd., RTO Rete Zero SRL en Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA te Luxemburg) lag niet voor de hand, omdat immers anderen in de tussentijd ook belangstelling hadden getoond voor de FM-frequenties. Ik was en blijf van mening dat de verlening van de machtigingen aan de drie commerciële omroepinstellingen en de weigering een machtiging te verlenen aan appellanten zo veel mogelijk de vanaf 5 maart 1992 gepleegde verdeling dient te volgen. Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat bij de huidige uitgevoerde verdeling niet is vooruitgelopen op de criteria die gehanteerd zullen worden bij de verdeling naar aanleiding van de procedure die per 1 oktober jl. is opengesteld.

(...)

Op 5 maart 1992 werd aan de NOZEMA NV onder andere goedkeuring verleend voor het gebruik van de FM-frequentie 102.7 Mhz voor de uitzending van het programma van Sky Radio Ltd. te Londen. Appellanten werd hierbij een bemiddelende rol toebedeeld, omdat zij naar eigen opgave een overeenkomst met Sky Radio Ltd. hadden gesloten voor de uitzending van dit programma. Zowel appellanten, als Sky Radio Ltd. werd een machtiging geweigerd. De uitzending van het programma van Sky Radio Ltd. werd verzorgd door de NOZEMA NV. Appellanten hebben dus niet zelf zendinrichtingen hoeven aan te leggen en derhalve ook geen investeringen hoeven plegen. Vanaf 14 juli 1993 beschikken de drie hiervoor genoemde

buitenlandse omroepinstellingen, waaronder Sky Radio Ltd., over een machtiging voor de uitzending van het eigen programma. Het staat hun daarbij, binnen de door hen daarover afgesloten overeenkomsten, vrij om zelf te gaan uitzenden of dat aan appellanten of andere zendermaatschappijen over te laten. De positie van appellanten wordt derhalve niet miskend en de belangen van appellanten worden niet aangetast. Het staat appellanten immers net als voorheen vrij overeenkomsten met commerciële omroepinstellingen te sluiten voor de uitzending van programma's.

In het verweerschrift heeft verweerder een nadere uiteenzetting gegeven van de overwegingen die ten grondslag liggen aan de besluitvorming resulterend in onder meer de beslissing van 14 juli 1993 om aan Sky Radio Ltd. een tijdelijke zendermachtiging te verlenen. Verweerder heeft, zo stelt hij, de keuze tussen de verschillende mogelijkheden aan de hand van een belangenafweging gemaakt, daartoe aanvoerende:

'Het resultaat van die - op zich zelf redelijke - belangenafweging was dat werd besloten om de bestaande situatie voor een korte periode te continueren.' (...) 'Voor Vrije Ether geldt dat zij bij de beschikking van 3 (bedoeld zal zijn '5' - Coll.) maart 1992 is aangemerkt als een organisatie die mede het Sky Radioprogramma wenste uit te zenden. Nu Sky Radio zelf ook een machtiging had aangevraagd - en heeft gekregen - bestond er reeds hierom geen reden om aan de Vrije Ether een machtiging te verlenen...'

Daarenboven geldt dat de Minister het onjuist en onwenselijk acht als bij de verdeling van (zeer) schaarse etherfrequenties via een machtiging frequenties worden toebedeeld aan anderen dan omroepinstellingen, althans zonder dat die ander heeft aangegeven welk programma hij wil gaan verzorgen. De Minister stelt zich op het standpunt dat in de situatie waarin het aantal beschikbare frequenties uiterst beperkt is de vrijheid van meningsuiting in het gedrang komt indien een democratisch noch juridisch controleerbare derde beschikking over die frequenties krijgt en deze vervolgens uitsluitend op basis van een commerciële belangenafweging aan derden ter beschikking kan stellen. Dat betekent dat de Minister het beleid voert dat voorzover er voldoende belangstelling is van omroeporganisaties geen machtiging wordt verleend aan een zenderexploitant, althans niet zolang deze niet aangeeft welk programma zal worden uitgezonden. De Minister neemt daarbij in aanmerking dat-gegeven het feit dat het voorkeursrecht voor Nozema niet geldt - een zendermaatschappij dezelfde mogelijkheden heeft als Nozema en derhalve haar diensten kan aanbieden aan omroepinstellingen die een machtiging verkrijgen.

4. De grieven van verzoekers

Verzoekers hebben het volgende aangevoerd.

• Zowel uit de tekst van artikel 167A Mediawet als uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever nooit voor ogen heeft gestaan dat de machtiging tot het aanleggen, het aanwezig hebben of het gebruiken van een omroepzender uitsluitend verleend zou mogen worden aan een omroepinstelling. Impliciet volgt uit de uitspraak van het College van 5 januari 1994 in de zaak nr. 93/0755/090/195, dat naar het oordeel van het College een machtiging ex artikel 17 WTV ten behoeve van het relayeren van in het buitenland uitgezonden programma's slechts aan een zendermaatschappij mag worden verleend. Zodanige uitleg van die uitspraak past volledig in de geschiedenis van de totstandkoming van genoemd artikel van de Mediawet. Daaruit komt immers naar voren dat de wetgever een duidelijke scheiding voor ogen heeft gestaan tussen het beheeren van een zender enerzijds en het verzorgen van een programma anderzijds. Dit sluit aan bij het bepaalde bij artikel 70A van de Mediawet. Dit artikel was in het oorspronkelijke wetsontwerp betreffende onder meer de invoering van artikel 167A van de Mediawet van overeenkomstige toepassing verklaard. In de vierde Nota van Wijziging is de definitieve, nu geldende tekst voorgesteld. Uit de daarbij behorende toelichting kan worden afgeleid, dat de wetgever daarmee geen inhoudelijke wijziging van het eerdere ontwerp heeft beoogd. Het aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende beleid, waardoor in de praktijk alleen omroepinstellingen in aanmerking komen voor een zendmachtiging, is dan ook in strijd met artikel 17 van de WTV juncto artikel 167A Mediawet.

• De voorkeur van verweerder om zendmachtigingen te verlenen aan omroepinstellingen berust op de wens zelf de uit te zenden programma's te kunnen selecteren. Mede gelet op de omstandigheid dat het daaruit voortvloeiende selectiebeleid niet berust op regelgeving vastgelegd in een wet in formele zin moet dit beleid als strijdig met de uitingsvrijheid, gewaarborgd door artikel 7, lid 2, van de Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), worden aangemerkt.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Met ingang van 1 januari 1994 is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking getreden en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (Wet arbo) gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht brengen echter mee dat op het voorliggende beroep moet worden beslist met toepassing van het recht zoals

dit gold voor 1 januari 1994. Ten aanzien van de bevoegdheid van het College een partij te veroordelen in de kosten van de procedure is ingevolge het overgangsrecht artikel 8:75 van de Awb van toepassing.

5.2 In geding zijn de beslissingen op bezwaar, houdende handhaving van de beschikking van 14 juli 1993, waarbij aan Sky Radio machtiging is verleend, als bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de WTV voor het aanleggen en exploiteren van een FM-radiozender met gebruikmaking van de frequentie 102.7 Mhz. Uit de bestreden beschikkingen en hetgeen verweerder daaromtrent ter toelichting heeft aangevoerd, blijkt dat verweerder met genoemde beschikkingen van 14 juli 1993 heeft beoogd de tijdelijke verdeling en toedeling van zogenoemde restfrequenties, voortvloeiend uit de beschikkingen van 5 maart 1992, behoudens voor wat betreft de aan Nozema toebedachte rol, te handhaven. Verweerder heeft hiertoe de omroeporganisaties, waarvan Nozema op grond van de besluitvorming van 5 maart 1992 de programma's diende uit te zenden, rechtstreeks machtigingen om die programma's op de eerder toegewezen frequenties te relayeren, verleend.

5.3 Verzoekers zijn van opvatting dat aan de WTV en de Mediawet in hun onderlinge samenhang beschouwd niet de bevoegdheid kan worden ontleend om aan omroeporganisaties een zendermachtiging te verlenen. Reeds om die reden, zo begrijpt het College de eerste grief, had aan Sky Radio geen zendermachtiging verleend mogen worden. Het College volgt verzoekers niet in deze grief. Weliswaar heeft het College in zijn uitspraak van 5 januari 1994, waarop verzoekers in dit verband een beroep doen, overwogen dat het weigeren van een zendermachtiging ten behoeve van het relayeren van buitenlandse programma's louter op de grond dat de aanvrager niet een omroeporganisatie is, zich niet verdraagt met de strekking van het bij artikel 167A juncto artikel 66 Mediawet bepaalde, maar het omgekeerde, namelijk dat omroeporganisaties voor zo een machtiging niet in aanmerking komen, valt in die overweging niet te lezen. Ook in de tekst en de wetsgeschiedenis van artikel 167A Mediawet is geen steun voor de opvatting van verzoekers te vinden. In de aanvankelijk voorgestelde tekst van dat artikel, was artikel 70A Mediawet-houdende voor zover hier van belang het verbod voor de exploitanten van een draadomroepinrichting om programma's te verzorgen die via een draadomroepinrichting worden uitgezonden - van overeenkomstige toepassing verklaard op het uitzenden

van programma's met gebruik van zenders. In de versie van artikel 167A, die uiteindelijk het Staatsblad heeft bereikt, is de verwijzing naar artikel 70A niet opgenomen. Daarvoor is in de plaats gekomen

het huidige vierde lid van artikel 167A. Met deze wijziging is, blijkens de wetsgeschiedenis, niet beoogd inhoudelijk wijzigingen aan te brengen doch slechts de bedoeling van de wetgever te verduidelijken. Ingevolge laatstgenoemd artikellid is het beheerders en exploitanten van een draadomroepinrichting (...) niet toegestaan programma's te verzorgen die door middel van een zender worden uitgezonden.' In deze bepaling valt niet te lezen, dat dit verbod zich ook uitstrekt tot de beheerder van een zender. Indien artikel 167A in zijn oorspronkelijke (ontwerp-)versie al aanknopingspunten mocht bieden voor een andersluidende interpretatie, dan is met de definitieve tekst van dit artikel komen vast te staan, dat de wetgever niet heeft beoogd zo een verbod voor de zenderbeheerder in het leven te roepen. Uit het systeem van de betreffende wettelijke bepalingen volgt wel, dat, voor zover een omroeporganisatie buitenlandse programma's relayeert zonder daarvoor over zendtijd of toestemming op grond van de Mediawet te beschikken, zij dit dient te doen in de hoedanigheid van beheerder van een zender. Het is haar in die situatie derhalve niet toegestaan programmaonderdelen aan die buitenlandse programma's toe te voegen.

5.4 Het vorenoverwogene voert tot de conclusie dat de frequentieverdeling tot stand gebracht bij de beschikkingen van 14 juli 1993, voor zover hierbij machtigingen zijn verleend aan omroeporganisaties, niet in strijd is met het bepaalde bij de WTV juncto de Mediawet. De eerste grief treft dus geen doel.

5.5 Van de door verzoekers gestelde strijdigheid met de uitingsvrijheid, gewaarborgd door de Grondwet en het EVRM, is naar het oordeel van het College evenmin sprake. In de eerste plaats wordt hiertoe overwogen dat de beschikkingen van 14 juli 1993 in samenhang waarmee de bestreden beschikkingen moeten worden beschouwd, hun grondslag vinden in een wettelijk systeem namelijk het systeem dat is neergelegd in de WTV in samenhang met de Mediawet. Aan verzoekers kan worden toegegeven dat bedoelde wettelijke bepalingen niet zodanig concreet zijn, dat de genomen beschikkingen het voorspelbare resultaat van de toepassing daarvan zijn. Op het terrein in kwestie moet het stellen bij wet in formele zin van concrete verdelingscriteria in de kennelijk door verzoekers gewenste zin echter niet mogelijk worden geacht, aangezien de relevante factoren voortdurend evolueren, onder meer in het verlengde van de ontwikkelingen in de markt en de techniek. In een situatie als waarin verweerder zich bevond, waarin voor een beperkte periode een voorziening moest worden getroffen, is het voorts niet onaanvaardbaar dat met de verdeling van de beschikbare frequenties aan op het tijdstip van de aanvragen niet kenbaar

beleid toepassing is gegeven. Gelet op het aan de verdeling ten grondslag gelegde uitgangspunt, dat het tijdstip van de aanvraag bepalend is voor de eventuele, gedeeltelijke, honorering daarvan, kan voorts niet worden geoordeeld dat verweerder de inhoud van de uit te zenden programma's doorslaggevend gewicht heeft toegekend bij de besluitvorming. Reeds daarom kunnen verzoekers niet worden gevolgd in hun grief, dat uit de besluitvorming van 14 juli 1993 blijkt dat verweerder voorafgaand toezicht op de uit te zenden programma's heeft willen uitoefenen. De desbetreffende grieven van verzoekers dienen mitsdien te worden verworpen.

5.6 Toch komen de bestreden beschikkingen voor vernietiging in aanmerking en wel voor zover deze strekken tot handhaving van de aan Sky Radio verleende tijdelijke machtiging. Het College overweegt dienaangaande het volgende. Aan de beschikkingen van 14 juli 1993 ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de frequentieverdeling en -toedeling voortvloeiend uit de beschikkingen van 5 maart 1992 wordt gehandhaafd. Het College heeft in zijn uitspraak van heden in het geschil tussen verweerder en verzoekers sub A, aanhangig onder no. 93/2444/090/195, dit uitgangspunt aanvaardbaar geacht. Het College heeft evenwel bij deze uitspraak voorts overwogen dat verweerder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot weigering van de gevraagde tijdelijke zendermachtiging voor de opstelplaats Rotterdam aan De Vrije Ether had kunnen komen. Uit dit oordeel vloeit voort dat verweerder evenmin in redelijkheid kon komen tot zijn besluit in afwijking van voormeld uitgangspunt aan Sky Radio machtiging te verlenen voor het gebruik van de frequentie 'Rotterdam'. Voor zover de bestreden beschikkingen voorzien in handhaving van de beschikking, waarbij die machtiging is verleend, komen zij mitsdien eveneens in aanmerking voor vernietiging op de grond, genoemd in artikel 5, onder c, van de Wet arbo.

5.7 Aangezien door verweerder de beschikkingen van 14 juli 1993, waarbij tijdelijke zendermachtigingen zijn verleend, inmiddels zijn vervangen door nieuwe beschikkingen, waaraan ander beleid ten grondslag ligt, acht het College het niet opportuun te bepalen dat verweerder nieuwe beschikkingen in de plaats stelt van de beschikkingen die bij deze uitspraak worden vernietigd. Het College acht gelet op artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht termen aanwezig om verweerder, nu hij in het ongelijk is gesteld, te veroordelen in de kosten, welke verzoekers in verband met dit geding hebben gemaakt en de Staat aan te wijzen als de rechtspersoon, die deze kosten moet vergoeden. De kosten worden begroot op 887,50. Voorts dient ingevolge artikel 56, zesde lid, van de Wet arbo te

worden bepaald dat de Staat aan verzoekers het door hen gestorte gri_erecht vergoedt. Met betrekking tot de vordering van verzoekers de Staat te veroordelen tot vergoeding van de door hen als gevolg van de bestreden beschikking geleden schade is het College van oordeel dat geen der verzoekers schade heeft geleden, die voor vergoeding in deze procedure in aanmerking komt. Met betrekking tot de vordering van Ceryx wordt daartoe overwogen dat geenszins vaststaat dat, indien de betrokken tijdelijke machtiging niet aan Sky Radio zou zijn verleend, zij daarvoor in aanmerking zou zijn gekomen. Toepassing van het hiervoor weergegeven uitgangspunt inzake de tijdelijke verdeling en -toedeling van de restfrequenties had in elk geval niet tot een zodanige verlening kunnen leiden aangezien Ceryx, die ten tijde van de 5 maart 1992-beschikkingen zelfs nog niet bestond, daaraan niet voldeed. Voor verzoekers sub A ligt dit anders. Zoals het College in zijn uitspraak in de meergenoemde zaak no 93/2444/090/195 heeft overwogen, heeft verweerder door de frequentie 102.7 Mhz niet aan De Vrije Ether toe te wijzen gehandeld in strijd met het recht. In die uitspraak overwoog het College echter tevens dat de uit de weigering van een machtiging aan verzoekers voortvloeiende schade in een nog te voeren schadestaatprocedure zal moeten (of kunnen) worden vastgesteld. Het College is niet gebleken en verzoekers sub A hebben ook niet gesteld dat zij naast de schade, voortvloeiend uit de weigering aan hen van de gevraagde machtiging, anderszins nog schade hebben geleden door de tijdelijke toewijzing van de frequentie 102.7 Mhz aan Sky Radio. Gezien het vorenstaande wordt beslist als volgt.

6. De beslissing

Het College

- vernietigt de bestreden beschikkingen van verweerder van 17 november 1993;
- bepaalt dat niet opnieuw in de zaak behoeft te worden voorzien;
- verstaat dat het door verzoekers betaalde griffierrecht ad f 300,- (zegge: driehonderd gulden) door de Staat aan hen wordt vergoed;
- veroordeelt verweerder in de kosten van de procedure, gevallen aan de zijde van verzoekers, welke worden begroot op f 887,50 (zegge: achthonderdzeventachtig gulden en vijftig cent) voor alle verzoekers te zamen;
- wijst de Staat aan als de rechtspersoon die deze kosten moet vergoeden;
- wijst af het meer en anders gevorderde.

Aldus gewezen door mr. B.P. Kiewiet, mr. A.W.H. Meij en mr. C.M. Wolters, in aanwezigheid van mr. M.A. Dirks, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 22 juni 1994.



18. College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 juni 1994 nr. 93/1725/090/195

Uitspraak in de zaak van:

de rechtspersoon naar buitenlands recht Sky Radio Ltd, gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk, verzoeker, domicilie gekozen hebbend te 's-Gravenhage, Scheveningseweg 66, ten kantore van zijn gemachtigde mr. E.J. Dommering, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigden: mr. E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage en mr. J.M.A.W. de Wit, ambtenaar ten departemente.

1. Het verloop van de procedure

Bij brief, verzonden op 18 oktober 1993, heeft verweerder verzoeker mededeling gedaan van zijn beslissing het door verzoeker ingediende bezwaarschrift tegen zijn na te melden beschikking van 14 juli 1993 inzake een machtiging ingevolge het bepaalde bij artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: WTV) ongegrond te verklaren en laatstbedoelde beschikking te handhaven.

Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie op 15 november 1993, heeft verzoeker tegen eerstvermelde beslissing beroep ingesteld. Hij heeft daarbij gevorderd dat het College de bestreden beschikking vernietigt, met zodanige beslissing als het College juist zal achten en verweerder veroordeelt in de kosten van de procedure.

Verweerder heeft op 17 januari 1994 een verzoekschrift, strekkende tot verwerping van het beroep, ingediend en daarbij de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd.

Het College heeft de zaak behandeld ter openbare terechtzitting van 16 maart 1994, waar partijen hun standpunt nader hebben toegelicht bij monde van hun gemachtigden.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de gedingstukken en het ter zitting verhandelde staan de volgende feiten en omstandigheden ten processe vast.

- Bij beschikking van 5 maart 1992 heeft verweerder met het oog op tijdelijke verdeling van de zogenoemde restfrequenties ingevolge artikel 2, zevende alinea, van de Radio- Omroep-Zenderwet 1935 de Nederlandse Omroepzendermaatschappij N.V. goedkeuring verleend tot tijdelijk uitzenden op een vijftal FM-radiofrequenties, met daarbij vermelde maximale uitzendvermogens, onder meer onder bepaling dat de FM-frequentie 102.7 Mhz te Rotterdam, ten behoeve van de Particuliere Zender Exploitatie Maatschappij De Vrije Ether B.V. te Amsterdam, wordt aangewend voor uitzending van het programma van Sky Radio Ltd.

- Bij uitspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 19 maart 1993 is voormelde beschikking vernietigd.

- Vervolgens heeft verweerder bij beschikking van 14 juli 1993 krachtens het bepaalde bij artikel 17 van de WTV aan verzoeker tijdelijk machtiging verleend voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van een of meer zendingrichtingen te Rotterdam voor uitzending op voormelde FM-frequentie, met een maximaal uitgestraald vermogen van 1 kW, zulks voor een periode tot 1 oktober 1993 of zoveel later als over de toedeling van bedoelde frequentie zal zijn beslist. Aan deze machtiging zijn enige voorschriften en beperkingen verbonden.

- Tegen laatstvermelde beschikking heeft verzoeker bij brief van 2 augustus 1993 bezwaar gemaakt.
- Het beroep is gericht tegen de op dat bezwaar genomen beslissing.

3. De bestreden beschikking

Bij de bestreden beschikking is, voorzover van belang, als volgt overwogen:

‘Appellante komt ... op tegen de tijdelijkheid van de aan haar verleende machtiging en bovendien tegen het maximale vermogen waarmee op de frequentie 102.7 Mhz volgens de voorschriften verbonden aan de machtiging mag worden uitgezonden. Daarnaast wijst appellante op brieven waarin belangstelling wordt uitgesproken voor het gebruik van frequenties in de FM- en/of AM-band. In het bezwaarschrift wordt vervolgens verzocht om een machtiging voor het gebruik van andere dan aan appellante toegewezen FM-frequenties.

Appellante heeft naar aanleiding van de behandeling van het bezwaarschrift haar verzoek tot toewijzing van FM-frequenties bij brief van 21 september 1993 aangepast. Volgens de onderlinge afspraak van appellante en CLT dienen de volgende door appellante en CLT opgegeven frequenties aan appellante toegewezen te worden:

- 90.7 Mhz (opstelplaats Amsterdam, 2 kW);
- 91.1 Mhz (opstelplaats Alkmaar, 200 W);
- 93.7 Mhz (opstelplaats Zwolle, 500 W);
- 102.7 Mhz (opstelplaats Rotterdam, 50 kW).

Aan CLT dienen volgens deze brief vier andere frequenties toegewezen te worden. De derde organisatie die een machtiging heeft gekregen, RTO Rete Zero SRL te Milaan, blijft in de visie van appellante dan uitzenden op de drie reeds toegewezen FM-frequenties. Het bezwaarschrift van appellante komt daardoor kort gezegd neer op een verzoek tot het verlenen van een machtiging voor de ‘gebruikelijke’ tijdsduur voor het gebruik van de vier hierboven genoemde frequenties met de door appellante vermelde vermogens.

Op dit verzoek heb ik als volgt overwogen: In de brief van 14 juli 1993 heb ik uitgebreid uiteengezet wat mijn overwegingen zijn geweest met betrekking tot de verlening van de machtiging. Op grond van de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State van 19 maart 1993 diende opnieuw besloten te worden over de verdeling van vijf FM-frequenties. Inmiddels was op 23 december 1992 een voorlopig vastgestelde inventarisatie aan de Tweede Kamer toegestuurd (II 1992-1993, 22147, nr 28) waaruit bleek dat er 10 FM-frequenties beschikbaar waren voor commerciële toepassingen. Daar is onlangs een elfde FM-frequentie bijgekomen. Bij de voorbereiding van de besluitvorming die uiteindelijk op 14 juli 1993 leidde tot het verlenen van drie machtigingen aan

drie buitenlandse commerciële omroepinstellingen, heb ik mij uiteraard daarvan rekeningschap gegeven. Een groot aantal commerciële omroeporganisaties heeft immers sinds het voorjaar 1992 een toenemende belangstelling getoond voor het gebruik van omroepfrequenties. Al deze organisaties hadden dan mee moeten kunnen dingen naar nieuw beschikbaar gekomen frequenties. Het was duidelijk dat de discussie met de Tweede Kamer over het omroepfrequentiebeleid zich in een afrondende fase bevond. Het had in mijn ogen dan ook weinig zin voor de beschikbare vijf, tien of elf frequenties een nieuwe verdeling te laten plaatsvinden over alle op dat moment in aanmerking komende gegadigden. Daartoe dient nu juist de per 1 oktober jl. opengestelde inschrijvingsprocedure.

Ook de verdeling van de tien of elf frequenties over alleen de drie omroepinstellingen die op 14 juli 1993 een machtiging werd verleend lag niet voor de hand, omdat immers anderen in de tussentijd ook belangstelling hadden getoond voor de FM-frequenties. Ik was en blijf van mening dat de verlening van de machtigingen van 14 juli 1993 zo veel mogelijk de vanaf 5 maart 1992 gepleegde verdeling dient te volgen. De redenering van appellante dat zij door het schrijven van een tweetal brieven waarin belangstelling wordt getoond voor FM- en/of AM-frequenties daarmee het recht heeft op toewijzing van frequenties die pas nadat deze belangstelling is uitgesproken beschikbaar komen, deel ik niet. Overigens had het daarbij dan ook op de weg van appellante gelegen om tegen het niet toewijzen van de gevraagde frequenties te ageren. Zo dateert de eerste brief van appellante waarin belangstelling voor etherfrequenties wordt uitgesproken van 6 september 1991. Deze brief vormde aanleiding om bij besluit van 5 maart 1992 de frequentie 102.7 Mhz toe te wijzen voor uitzending van het Sky-Radio-programma. In de daartegen door appellante aangespannen beroepsprocedure bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State komt appellante op tegen de goedkeuring aan de NOZEMA NV, maar niet tegen het ingebruikgeven van alleen de 102.7 Mhz met een beperkt vermogen ten behoeve van het programma van appellante. Tegen de weigering een machtiging te verlenen of het niet toewijzen van de andere op dat moment beschikbare frequenties werd niet opgekomen door appellante bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

De tweede door appellante naar voren gebrachte brief dateert van 11 augustus 1992. Daarin wordt wederom uitgesproken dat appellante belangstelling heeft voor het gebruik van frequenties in de FM- en/of AM-band. Pas bij het indienen van een beroepschrift tegen mijn besluit van 14 juli 1993 wordt door appellante gesteld dat zij van mening is dat ook andere frequenties aan haar

toegewezen dienen te worden. Zij kon in ieder geval vanaf 23 december 1992 weten dat deze frequenties beschikbaar zouden komen voor commerciële toepassingen. Het had dan ook op de weg van appellante gelegen om indien zij van mening was dat een of meerdere van deze frequenties (tijdelijk) aan haar toegewezen dienden te worden, bezwaar aan te tekenen tegen de (fictieve) weigering daartoe goedkeuring te verlenen aan de NO-ZEMA NV danwel een machtiging aan appellante te verlenen. Daar kan dan ruim acht maanden later niet meer tegen op worden gekomen. Ik acht appellante voor dit gedeelte dan ook niet ontvankelijk in haar bezwaar.

Bij de verlening van de machtiging op 14 juli 1993 is de bestaande verdeling zoveel mogelijk gehandhaafd. Uitdrukkelijk heb ik in mijn besluit van 14 juli 1993 overwogen dat indien de volgorde van de indiening van aanvragen of het tonen van belangstelling en de door de drie omroepinstellingen uitgesproken voorkeur gehanteerd zou worden, dit tot een andere verdeling zou dienen te leiden. Zo zou RTO Rete Zero SRL dat als eerste een aanvraag heeft ingediend en als eerste voorkeur de frequentie 102.7 Mhz had opgegeven, deze frequentie toegewezen dienen te krijgen. Aangezien appellante pas als derde omroepinstelling haar belangstelling had getoond, zou appellante dan de frequenties 99.1 Mhz, 100.4 Mhz en 102.5 Mhz toegewezen krijgen. Appellante gaat er in haar bezwaarschrift blijkbaar vanuit dat zij de frequentie 102.7 Mhz behoudt. Ik maak daaruit op dat appellante in ieder geval voor de vijf in eerste instantie toegewezen frequenties akkoord gaat met handhaving van de status quo en de oorspronkelijk gehanteerde criteria volgorde van belangstelling en uitgesproken voorkeur. Niet goed valt in te zien waarom vervolgens dan slechts twee commerciële omroepinstellingen in aanmerking zouden kunnen komen voor de andere FM-frequenties. Ook RTO Rete Zero SRL en andere commerciële omroepinstellingen hebben immers belangstelling uitgesproken voor met name de FM-frequenties.

Als derde criterium is gehanteerd het evenredige publieksbereik van de drie frequentiepakketten. Juist omdat het hierbij gaat om een voorlopige toewijzing, gebaseerd op summere criteria is destijds gekozen voor het criterium van een evenredig publieksbereik. Daarmee worden de drie commerciële omroepinstellingen qua aantallen potentiële luisteraars in een vergelijkbare situatie gebracht. Om dit evenredige publieksbereik te waarborgen is gekozen voor het in de machtiging vermelde toegestane maximale uitzendvermogen. Het is overigens in alle gevallen waarbij een machtiging wordt aangevraagd op grond van artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen aan de Minister om het vermogen waarmee mag

worden uitgezonden te bepalen. Zie ook artikel D.1.2, tweede lid, onderdeel c, van het Besluit radio-electrische inrichtingen. Aan het criterium van een evenredige publieksontvangst is door de Afdeling Rechtspraak geen aparte overweging gewijd. Ik ga er vanuit dat de destijds gehanteerde criteria toelaatbaar zijn.

Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat de bij de oorspronkelijke verdeling van 5 maart 1992 gehanteerde criteria niet vooruitlopen op de criteria die gehanteerd zullen worden bij de verdeling naar aanleiding van de procedure die per 1 oktober jl. is opengesteld. Zoals gesteld ben ik van mening dat de verlening van de machtiging op 14 juli jl. slechts de handhaving van de op dat moment bestaande verdeling dient na te streven. Daarbij speelt het door appellante naar voren gebrachte criterium van de omvang van de doelgroep geen rol.

Appellante voert bezwaren aan tegen de betrokkenheid van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur bij de totstandkoming van een omroepfrequentiebeleid. Op basis van artikel 17 van de WTV en de artikelen 167 en 167A van de Mediawet is door de Minister van WVC en mij beleid geformuleerd. Over dit beleid is uitvoerig overleg gevoerd met de Tweede Kamer. Daarbij heeft ook de Tweede Kamer uitdrukkelijk de wettelijke grondslagen onder ogen gezien en is vervolgens akkoord gegaan met de uitvoering van het voorgestelde beleid. Per 1 oktober jl. is daartoe een aanvraagprocedure opengesteld. De besluitvorming naar aanleiding van deze aanvraagprocedure is aan politieke controle door het parlement en rechtmatigheidscontrole door de rechter onderworpen. Er is sprake van een duidelijke en kenbare procedure. De bezwaren door appellante aangevoerd acht ik dan ook ongegrond. In tegenstelling tot appellante ben ik van mening dat de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 6 november 1991 de Minister van V&W wel degelijk de mogelijkheid biedt om bij de aanvragen op grond van artikel 17 van de WTV bij de verdeling van de schaarste een belangenafweging te verrichten waarin mede het gebruik van de ether ten behoeve van de aan de Mediawet onderworpen uitzendingen wordt betrokken. Daaronder vallen immers ook de in artikel 167A jo. artikel 66 van de Mediawet genoemde programma's afkomstig van buitenlandse omroepinstellingen. Maar zelfs indien de stelling van appellante opgaat dat dit beleid in strijd met de wet, het EG-recht en artikel 10, tweede lid, van het EVRM zou zijn houdt dit niet automatisch in dat aan appellante de gevraagde frequenties, tijdsduur en zendvermogens toegewezen zouden moeten worden. Immers door appellante wordt gesteld dat zonder meer het criterium 'wie het eerst komt, het eerst maalt' toegepast mag

worden. Appellante is echter niet de eerste aanvraager, zodat reeds op die grond het bezwaarschrift ongegrond dient te worden verklaard. Bij het tweede door appellante aangevoerde criterium, de omvang van de doelgroep, spreekt appellante zichzelf tegen. Eerst wordt gesteld dat de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven bij de formulering van mogelijke criteria in strijd is met artikel 10, tweede lid EVRM en vervolgens wordt een van de ‚niet rechtstreeks aan de tekst van de WTV’ ontleende criteria door appellante voorgesteld als te hanteren criterium. Slechts levensvatbare kandidaten kunnen volgens appellante frequenties toegewezen krijgen. Appellante baseert zich daarbij op een onderzoeksrapport waarvoor zij zelf opdracht heeft gegeven. Appellante stelt verder dat het marktorderingsprincipe eist dat met de belangen van de marktpartijen die reeds langer op de markt zijn rekening gehouden dient te worden. Wat er ook zij van dit principe, appellante is niet de enige marktpartij die reeds geruime tijd in de markt is en een aanvraag voor omroepfrequenties heeft ingediend. Ook uit dien hoofde ligt toewijzing van de andere FM-frequenties aan appellante niet in de rede.’

4. De grieven van verzoeker

Verzoeker heeft grieven doen voordragen, ertoe strekkend dat de bestreden beschikking in strijd is met algemeen verbindende voorschriften en algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of berust op een kennelijk onredelijke belangenafweging. Deze kunnen als volgt worden samengevat.

4.1. Verweerder heeft zich bij de bestreden beslissing ten onrechte op het standpunt gesteld dat verzoeker thans niet meer kan opkomen tegen het niet aan hem toewijzen van meer en andere frequenties, dan de tijdelijk en beperkt toegekende. Verzoeker heeft bij de eerste gelegenheid, die zich voordeed, de wettelijke grondslag van het tijdelijke verdelingsbesluit van 5 maart 1992 bestreden en tegen de eerste toepassing van de juiste wettelijke bepaling, artikel 17 van de WTV, bezwaar gemaakt. Het gaat niet aan te verlangen dat vanaf 23 december 1992 bezwaar werd gemaakt tegen allerlei veronderstelde fictieve weigeringen op grond van toepassing van een wettelijke bepaling, die nog bij de rechter ter discussie stond.

4.2. De aan de bestreden beslissing ten grondslag gelegde gedachtengang gaat langs de kern van het aangevoerde bezwaar heen. Deze is dat, gegeven de stand van zaken ten tijde van de beschikking van 14 juli 1993, verweerder niet langer de vrijheid had zijn definitieve beslissing op de verzoeken van verzoeker uit te stellen.

Bedoelde stand van zaken was:

- dat ingevolge de uitspraak van het College van 6 november 1991 verweerder vier maanden de tijd

had om een frequentiebeleid te ontwikkelen;

- dat het daarop genomen besluit van 5 maart 1992 inzake tijdelijke verdeling van de restfrequenties blijkens de uitspraken van het College van 27 januari 1993 en van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 19 maart 1993 op een onjuiste wettelijke grondslag berustte; en

- dat het inmiddels ontwikkelde beleid inzake Omroepfrequenties voor Commerciële Toepassingen op diverse punten in strijd is met algemeen verbindende voorschriften en beginselen van behoorlijk bestuur, zodat reeds thans kan worden vastgesteld dat de beslissing inzake definitieve toedeling van de beschikbare frequenties, naar verzoeker onder meer met verwijzing naar het wettelijk stelsel, het EG-recht en artikel 10, tweede lid, van het EVRM heeft doen toelichten, op verschillende punten in strijd met het recht zal zijn. Dat de Tweede Kamer met bedoeld beleid heeft ingestemd, zoals verweerder stelt, doet hieraan niet af.

4.3. De in bezwaar door verzoeker aangevoerde argumenten, ertoe strekkend dat een beslissing genomen moet worden op grond van het bepaalde bij artikel 17, lid 7, van de WTV en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur, worden in de motivering van de bestreden beslissing op bezwaar niet of verkeerd behandeld, met name waar verzoeker verwezen heeft naar de uitspraak van het College van 6 november 1991.

5. De beoordeling van het geschil

Met ingang van 1 januari 1994 is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking getreden en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (Wet arbo) gewijzigd. De in dit kader gegeven wettelijke regels van overgangsrecht brengen mee dat op het onderhavige beroep moet worden beslist met toepassing van laatstgenoemde wet zoals die luidde voor 1 januari 1994. Ten aanzien van de bevoegdheid van het College een partij te veroordelen in de kosten van de procedure, is ingevolge het overgangsrecht artikel 8:75 van de Awb van toepassing.

Bij de bestreden beslissing heeft verweerder geweigerd tegemoet te komen aan de bezwaren van verzoeker inzake het tijdelijk karakter van de hem verleende machtiging en de beperking daarvan tot slechts één frequentie, alsmede tot een zendvermogen van slechts 1 kW. Het College overweegt dienaangaande als volgt.

Inzake de onder 4.1. weergegeven grief wordt vooreerst overwogen dat met verzoeker niet valt in te zien dat, zoals verweerder bij het bestreden besluit heeft overwogen, de omvang van de aan verzoeker bij de beschikking van 14 juli 1993 verleende machtiging in de bezwaar- en beroepsprocedures tegen die beschikking niet meer aan de

orde zou kunnen komen. Na de vernietiging van zijn beschikking van 5 maart 1992 heeft verweerder immers bedoelde machtiging verleend bij een nieuwe beschikking, waartegen op de bij de wet bepaalde wijze bezwaar openstond.

Niet kan worden geoordeeld dat de beschikking van 5 maart 1992 op bedoeld onderdeel formele rechtskracht heeft gekregen. Evenmin is gesteld of gebleken dat verzoeker in het ingediende bezwaar om andere redenen niet-ontvankelijk diende te worden verklaard. Aangezien aan bedoelde overweging van verweerder naar het oordeel van het College niet meer dan bijkomende betekenis toekomt voor de motivering van het bestreden besluit, leidt vorenstaande overweging evenwel niet tot de slotsom dat de thans bestreden beslissing op bezwaar voor vernietiging in aanmerking komt.

Voorzover verzoeker met de hier besproken grief voorts, evenals met de onder 4.2. weergegeven grief, heeft willen betogen dat het verweerder op de in bezwaar aangevoerde gronden niet langer vrijstond te volstaan met een naar aantal en vermogen beperkte frequentietoewijzing van tijdelijke aard, overweegt het College als volgt. Voorop te stellen valt dat, zoals overwogen in de uitspraak van het College van 6 november 1991, nr 91/2483/090/195, de noodzaak om ter zake van de toepassing van het bepaalde bij artikel 17 van de WTV een beleid te ontwikkelen slechts gedurende de tijd, die hiervoor redelijkerwijs noodzakelijk moet worden geacht, grond oplevert tot weigering van iedere machtiging in de zin van die bepaling uit hoofde van doelmatig gebruik van de ether, als bedoeld in het zevende lid, onder b, van dat artikel. De keuze van verweerder om binnen de bij voormelde uitspraak gestelde termijn slechts te besluiten tot een tijdelijke en beperkte toewijzing van de restfrequenties, in afwachting van meer definitieve besluitvorming ter zake, is naar het oordeel van het College niet met een weigering als vorenbedoeld gelijk te stellen. Dit geldt evenzeer voor het bij de beschikking van 14 juli 1993 genomen besluit om, voor zover hier van belang, deze keuze te bestendigen. Het College volgt verzoeker voorts niet in zijn betoog dat bij de gegeven stand van zaken verweerder niet langer de vrijheid had een definitieve beslissing tot toewijzing van enige frequentie aan verzoeker nog voor de in de beschikking van 14 juli 1993 aangegeven tijd uit te stellen. Niet kan immers worden staande gehouden dat de rechterlijke vernietiging van het aanvankelijk besluit inzake tijdelijke toedeling, op grond dat daaraan een onjuiste wettelijke grondslag is gegeven, op zichzelf reeds noopt tot - haastige - definitieve besluitvorming. Evenmin kan worden geoordeeld dat overwegingen omtrent de rechtmatigheid van het inmiddels ontwikkelde beleid inzake meer definitieve verdeling van restfrequenties - wat

overigens zij van de door verzoeker ter zake aangevoerde bezwaren - de rechtvaardiging aan het tijdelijk karakter van het in dit geding aan de orde zijnde besluit ontnemen. Die rechtvaardiging wordt immers ontleend aan de noodzaak tot een beraden besluitvorming omtrent de definitieve toedeling te komen. De rechtmatigheid van de ter zake genomen of te nemen besluiten is niet in dit geding, doch in dienaangaande ingeleide of in te leiden bezwaar-en beroepsprocedures aan de orde.

Ook overigens kan niet worden geoordeeld dat verweerder na afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. Dit besluit tot afwijzing van de bezwaren van verzoeker tegen de beschikking van 14 juli 1993 is in hoofdzaak gebaseerd op een drietal overwegingen, te weten tijdelijke voortzetting van de aanvankelijk gemaakte tijdelijke verdeling, beperkt tot de aanvankelijk daartoe beschikbare vijf frequenties en tot de - op een beoogde persoonswisseling na - aanvankelijk naar tijdstip van uitgesproken belangstelling en voorkeur geselecteerde drie gegadigden voor tijdelijke toewijzing, een en ander volgens een evenredige verdeling naar publieksbereik. In het licht van de voorzienende beperkte tijdsduur van de aldus gegeven voorlopige toedeling, de neutraliteit van de gehanteerde criteria, de beperkte strekking van de beslissing-niet vooruitlopend op enige meer definitieve verdeling van beschikbare frequenties - en de aldus gerealiseerde toegang tot aanvankelijk, hangende nadere besluitvorming, geblokkeerde frequenties, levert meer in het bijzonder de beperking van de toewijzing aan verzoeker, naar aantal frequenties en toegestaan vermogen, naar het oordeel van het College geen grond op voor vorenbedoeld oordeel. De aangevoerde financiële belangen van verzoeker maken dit niet anders.

Het vorenstaande voert tot de slotsom dat de onder 4.1. en 4.2. weergegeven grieven niet leiden tot het door verzoeker beoogde resultaat. De onder 4.3. weergegeven grief is, voorzover niet reeds op onderdelen hiervoor besproken, onvoldoende gespecificeerd en toegelicht om te kunnen leiden tot het oordeel dat het bestreden besluit in aanmerking komt voor vernietiging.

Nu ook overigens niet is gebleken van feiten of omstandigheden op grond waarvan de bestreden weigering in aanmerking komt voor vernietiging op een der gronden, vermeld in artikel 5 van de Wet arbo, dient het beroep te worden verworpen. Dienovereenkomstig wordt beslist.

Het College acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 Awb.

6. De beslissing

Het College verworpt het beroep.

Aldus gewezen door mr. B.P. Kiewiet, mr. A.W.H.

Meij en mr. C.M. Wolters, in aanwezigheid van mr. M.A. Dirks, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 22 juni 1994.

19. College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 maart 1995, nr. 94/2533/090/195

Uitspraak in de zaak van:

De rechtspersoon naar buitenlands recht Sky Radio Ltd., gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), appelland, gemachtigde: mr E.J. Dommering, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen

de Minister van Verkeer en Waterstaat, zetelend te 's-Gravenhage, verweerder, gemachtigde: mr E.J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage

en

1. de rechtspersoon naar buitenlands recht Classic FM Plc., gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), gemachtigde: mr J. Hoekstra, advocaat te Amsterdam;
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid North Sea Media Network B.V., gevestigd te Rotterdam, gemachtigde: mr. H.J. Breeman, advocaat te Rotterdam;
 3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Publimusic B.V., gevestigd te Naarden, gemachtigde: mr M.B.W. Biesheuvel, advocaat te 's-Gravenhage;
 4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Radio 10 Groep B.V., gevestigd te Amsterdam, gemachtigde: mr P.R.M. van der Kroft, advocaat te Amsterdam;
- derde belanghebbende partijen.

1. Het verloop van de procedure

Bij besluit van 15 juli 1994, met het kenmerk HDTP/94/17286/HW, aangevuld bij besluit van 10 oktober 1994 met het kenmerk HDTP/20134/HWI, heeft verweerder beslist op de bezwaarschriften van appelland tegen een achttal nader te noemen besluiten van verweerder van 20 januari 1994, alle betrekking hebbende op het verlenen van machtigingen als bedoeld in artikel 17 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: WTV).

Bij beroepschrift, ingekomen ter griffie van het College op 18 augustus 1994 en aangevuld bij brief van 18 oktober 1994, heeft appelland tegen eerstvermeld besluit beroep ingesteld. Hij heeft daarbij gevorderd dat het College het bestreden besluit vernietigt met zodanige verdere uitspraak ten aanzien van de te nemen beslissing als het College juist zal achten.

Tevens heeft hij verzocht de zaak versneld te behandelen, verweerder te veroordelen in de kosten van de procedure en ten aanzien van de schadever-

goeding te bepalen dat het onderzoek zal worden heropend. Bij beschikking van 31 augustus 1994 heeft het College het verzoek om de zaak met toepassing van artikel 8:52 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) versneld te behandelen, afgewezen.

Bij brieven van onderscheidenlijk 5, 5, 13 en 13 september 1994 hebben Classic FM Plc., Radio 10 Groep B.V., Publimusic B.V. en North Sea Media Network B.V., desgevraagd bij griffiersbrief van 2 september 1994, het College doen weten als partij aan het geding te willen deelnemen. De vijfde machtiginghoudster, A.M. Nieuwsbeheer B.V., heeft zich, ofschoon daartoe eveneens uitgenodigd, niet als partij gesteld.

Verweerder heeft op 30 september 1994, onder toezending van enige stukken, een verweerschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep.

Appelland heeft zich bij verzoekschrift van 18 oktober 1994 gewend tot de president van het College met het verzoek om met toepassing van artikel 8:81 van de Awb het bestreden besluit te schorsen en ten gunste van appelland een voorlopige voorziening te treffen. Dit verzoek is behandeld ter zitting van 10 november 1994. Naar aanleiding van het onderzoek ter zitting heeft appelland het verzoek om schorsing c.q. voorlopige voorziening ingetrokken en is het verzoek om toepassing van artikel 8:52 van de Awb alsnog ingewilligd. Het College heeft de zaak onderzocht ter terechtzitting van 12 januari 1995. Bij die gelegenheid hebben partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunt nader toegelicht.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de stukken van het geding en het onderzoek ter zitting staan de volgende feiten en omstandigheden ten processe vast.

- Appelland laat sedert enige jaren zijn radioprogramma Sky Radio in Nederland via de kabel uitzenden. Hij heeft, voor het eerst bij brief van 6 september 1991, kenbaar gemaakt zijn programma ook via de ether te willen verspreiden, een en ander met gebruikmaking van de te dien tijde niet bij de publieke omroep in gebruik zijnde zogenoemde restfrequenties.

- Bij uitspraak van 6 november 1991, nr. 91/2483/090/195 naar aanleiding van het door een andere belangstellende, kort aangeduid als 'De Vrije Ether', ter zake ingestelde beroep tegen een beschikking van verweerder van 23 juli 1991, waarbij geweigerd werd machtiging te verlenen voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van radiozenders op de locaties Wieringermeer en Rotterdam, heeft het College verweerder opgedragen binnen vier maanden een beleid te ontwikkelen ten aanzien van de verdeling van

deze restfrequenties. Het College heeft in die uitspraak onder meer het volgende overwogen. 'Voor de beantwoording van de vraag hoe in zulk een situatie van schaarste de toetsing aan het begrip 'doelmatig gebruik van de ether' moet worden verricht geeft de WTV geen nadere aanwijzingen. Louter technische overwegingen zijn dan niet geschikt om te bepalen welke aanvraag(n) prioriteit behoort (behoren) te krijgen; de constatering dat een doelmatig gebruik van de ether zich er tegen verzet dat alle aanvragen worden ingewilligd lost het verdelingsvraagstuk niet op. Het College is van oordeel dat in de hierboven geschetste omstandigheden het tot verlenen van machtigingen bevoegde orgaan niet in strijd met (het doel van) de WTV handelt indien de rangorde tussen de verschillende aanvragers wordt bepaald met inachtneming van overwegingen die niet rechtstreeks aan de tekst van de WTV worden ontleend. Ook kan niet worden gezegd dat de verdeling van de beschikbare ruimte dan noodzakelijkerwijs dient plaats te vinden volgens het principe 'wie het eerst komt, die het eerst maalt'. Een beleid waarbij de verschillende aanvragen worden gewogen gelet op de belangen van iedere individuele aanvrager, de omvang van de doelgroep die de aanvrager met de uitzendingen wil bereiken en het gewicht dat de behoeften van de doelgroep in de schaal leggen, afgewogen tegen de behoefte waarin met een inwilliging van andere (al dan niet potentiële) aanvragen zou worden voorzien, kan evenzeer verenigbaar worden geacht met de WTV. Een zodanige afweging is, indien deze wordt opgelegd door de schaarste op het technische vlak, niet ongeoorloofd te achten wegens het in artikel 70, eerste lid, van de WTV neergelegde verbod om bij de toepassing van deze wet te treden in de onderwerpen, geregeld bij of krachtens de Mediawet. De Mediawet of de daarop gebaseerde voorschriften houden geen regeling in die in het hiervoor bedoelde verdelingsvraagstuk voorziet. Voorts kan bezwaarlijk worden aangenomen dat artikel 70, eerste lid, van de WTV zou beogen uit te sluiten dat in een situatie zoals deze zich thans voordoet, bij de verdeling van de schaarste een belangenafweging wordt verricht waarin mede het gebruik van de ether ten behoeve van de aan de Mediawet onderworpen uitzendingen wordt betrokken.'

- Verweerder heeft vervolgens bij besluit van 5 maart 1992 aan de Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. (verder: NOZEMA) op grond van artikel 2, zevende lid, van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935, tijdelijk goedkeuring verleend voor de uitzending via nader genoemde frequenties van de radioprogramma's van een drietal gegadigden. Aldus werd door tussenkomst van 'De Vrije Ether' het programma van appellant uitgezonden via NOZEMA.

- De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft bij uitspraak van 19 maart 1993 laatstvermeld besluit vernietigd.

- Verweerder heeft vervolgens bij besluiten van 14 juli 1993 machtiging verleend aan een drietal omroepinstellingen, waaronder appellant, voor de aanleg, het aanwezig hebben en het gebruik van een of meer zendingrichtingen voor de hogervermelde frequenties. In de besluiten tot machtigingverlening werd bepaald dat de machtiging geldig zou zijn tot 1 oktober 1993 of zoveel later als over de toedeling van de frequenties, waarop deze machtigingen betrekking hadden op basis van de door de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (WVC) en verweerder opgestelde beleidsregels zou zijn beslist.

- Het door appellant ingediende bezwaar tegen de aan hem verleende machtiging, welk bezwaar zich onder meer richtte tegen de beperking in de tijd, is door verweerder ongegrond verklaard. Het door appellant tegen de desbetreffende beschikking ingestelde beroep is door het College bij uitspraak van 22 juni 1994 nr. 93/1725/090/195 verworpen.

- Verweerder en zijn ambtgenoot van WVC hebben, nadat laatstgenoemde bij brieven van 15 april 1992, 11 maart 1993 en 16 juni 1993 zijn beleidsvoornemens terzake had voorgelegd aan de Tweede Kamer, in september 1993 een vijftal frequentiepakketten (twee FM- en drie AMfrequenties) beschikbaar gesteld voor commerciële omroep. In een brochure getiteld 'Omroepfrequenties voor commerciële toepassingen' (Stert. 27 september 1993) hebben zij onder meer de bij de verdeling van deze pakketten te hanteren toegangs- en selectiecriteria omschreven. Gegadigden zijn daarbij in de gelegenheid gesteld vóór 26 november 1993 17.00 uur een aanvraag, onder meer om een machtiging op grond van artikel 17 van de WTV, vergezeld van bepaalde, daartoe verlangde gegevens, in te dienen.

- In de brochure is als volgt aangegeven welke toegangseisen en selectiecriteria zullen worden gehanteerd.

”Toegangseisen

Binnenlandse commerciële omroepinstelling

Alleen een binnenlandse commerciële omroepinstelling die toestemming heeft verkregen voor de uitzending van het programma via de kabel (artikel 71b van de Mediawet) kan toestemming krijgen voor uitzending via zenders. Om de toestemming op grond van artikel 71b MW te kunnen verkrijgen, dient de commerciële omroepinstelling een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid te zijn en gevestigd in Nederland. Uit de statuten moet blijken dat zij zich uitsluitend of mede ten doel stelt een omroepprogramma te verzorgen. De

commerciële omroepinstelling mag niet tegelijkertijd zendtijd voor binnenlandse publieke landelijke, regionale of lokale omroep hebben aangevraagd of verkregen. Bovendien moet een commerciële omroepinstelling die toestemming heeft verkregen voor de uitzending van haar programma via de kabel een jaar na de verlening van de toestemming per provincie door 60% van alle aangeslotenen op de kabel zijn te ontvangen. De aanvraagprocedure voor commerciële omroep via de kabel staat beschreven in een andere brochure: Commerciële omroep in Nederland. In die brochure staan ook de eisen vermeld die aan het programma worden gesteld. De brochure over de aanvraag voor binnenlandse commerciële omroep via de kabel is op verzoek verkrijgbaar bij het Ministerie van WVC. De eisen die gelden voor de uitzending via de kabel van een programma van een commerciële omroepinstelling zijn van toepassing op de uitzending van hetzelfde programma via de ether.

Buitenlandse omroepinstellingen of samenwerkingsverbanden van deze instellingen

Artikel 167A, eerste lid, onderdeel b, van de Mediawet staat toe dat programma's van buitenlandse omroepinstellingen die in het buitenland in overeenstemming met de daar geldende regelgeving als omroepprogramma's worden uitgezonden, via zenders in Nederland worden heruitgezonden. Bij de aanvraag dient een buitenlandse omroepinstelling derhalve aan te tonen in overeenstemming met de voor haar geldende regelgeving uit te zenden.

(...)

Selectiecriteria

Indien wordt voldaan aan de toegangseisen zal aan de hand van de hierna geformuleerde selectiecriteria, tot selectie worden overgegaan. De organisaties die worden geselecteerd zullen de benodigde toestemmingen en machtigingen worden verleend. Beide ministers zullen bij de selectie dezelfde criteria hanteren. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft namelijk reeds in een uitspraak van 6 november 1991 (No. 91/2483/090/195) bepaald dat op grond van de WTV ,..., bij de verdeling van de schaarste een belangenafweging wordt verricht waarin mede het gebruik van de ether ten behoeve van de aan de Mediawet onderworpen uitzendingen wordt betrokken.' Om de procedure te vereenvoudigen is besloten alle aanvragen te laten indienen bij de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (brief van 11 maart 1993, II 1992-1993, 22146, nr. 32, p. 11). Deze zal vervolgens zorg dragen voor

doorgeleiding van de WTV- machtigingaanvraag aan de Minister van Verkeer en Waterstaat. Er wordt geselecteerd aan de hand van de volgende criteria: a. ten aanzien van het programma: de bijdrage die het programma kan leveren aan een vergroting van de diversiteit van het totale landelijke programma-aanbod; b. ten aanzien van de aanvrager: het financiële en organisatorische draagvlak van de aanvrager; c. het gedane vrijwillige bod. Bij de uiteindelijke keuze wordt gekeken naar het saldo van de drie criteria, waarbij het diversiteitscriterium een extra gewicht heeft. Het criterium van een solide organisatie en voldoende financieel draagvlak is conditio sine qua non voor alle aanvragers die voor toewijzing in aanmerking willen komen. Het vrijwillig uit te brengen bod zal met name als selectiemechanisme worden toegepast bij een gelijksoortig aanbod qua programma, organisatie en financiering. Hieronder worden de criteria nader uitgewerkt:

Ad. a. Het programma

De vergroting van de diversiteit van het totale landelijke programma-aanbod als selectiecriteria staat voorop. De voorkeur gaat uit naar het toelaten van programma's die op andere wijze qua thematiek of programmaformule zijn samengesteld dan het huidige aanbod in de ether in Nederland. Bij de selectie van radioprogramma's die voornamelijk uit muziek bestaan, zal de bijdrage die het programma vormt voor de ontwikkeling van de muziekcultuur in Nederland worden meegewogen. De voorkeur gaat daarbij uit naar omroepinstellingen die qua inhoud en vormgeving de ambitie hebben een programma uit te zenden dat in redelijke mate iets nieuws of afwijkends inhoudt. Tevens zal worden gekeken of de uitzending van een programma van een commerciële omroeporganisatie via de ether een meerwaarde oplevert ten opzichte van de uitzending van hetzelfde programma via alleen kabel of satelliet. Die meerwaarde kan er bijvoorbeeld in bestaan dat bepaalde doelgroepen beter worden bereikt. Het gaat daarbij echter niet in de eerste plaats om een kwantitatief zo groot mogelijk bereik. Voorop staat de aard en kwaliteit van het programma-aanbod, in relatie tot de beoogde doelgroep.

Ad. b. De organisatie en financiering

Met betrekking tot de organisatie en financiering dient duidelijk te zijn dat een omroepinstelling voldoende financiële mogelijkheden en het personele apparaat heeft om gedurende de periode waarvoor de toestemming en/of machtiging geldt de programmatische doelstellingen te realiseren. De aanvrager zal aannemelijk dienen te maken over voldoende financiële middelen te beschikken om gedurende de toestemming het programma te

kunnen blijven uitzenden en zijn aanbod zoals geformuleerd in de aanvraag gestand te doen. Een commerciële omroepinstelling die qua (personele en financiële) organisatie als onvoldoende wordt beoordeeld, komt niet in aanmerking voor toewijzing van de aanvraag. Er zal inzicht moeten worden geboden in de juridische structuur van de aanvrager. Deelnemingen in (andere) organisaties zullen daarbij mede worden bekeken. Artikel 24c, eerste lid, laatste volzin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat indien een vijfde of meer van het geplaatste kapitaal wordt verschaft, het bestaan van een deelneming wordt vermoed. De daartoe verstrekte gegevens zullen worden gebruikt om te bepalen of de cross-ownership-bepalingen uit de Mediawet van toepassing zijn. Daarnaast kan daarmee worden voorkomen dat een onevenredig deel van de restcapaciteit in één hand terecht komt, waardoor het uitgangspunt van pluraliteit zou worden aangetast. Een organisatie kan echter wel met meerdere programma's meedingen naar gebruik van etherruimte. Bij de uiteindelijke toewijzing zal gekeken worden of na selectie van één of meer programma's van die organisatie niet een onevenredig gedeelte van de etherruimte aan één partij wordt toegewezen. In principe kan dus door één organisatie met meerdere programma's worden ingeschreven en is toewijzing voor meer dan één programma niet bij voorbaat uitgesloten. Indien met een of meerdere programma's wordt ingeschreven voor verschillende pakketten dient de volgorde van de voorkeur duidelijk te worden aangegeven. De verschillende voorkeuren zullen overzichtelijk per variant moeten worden uitgewerkt. Door middel van een businessplan en een middellange-termijnplanning zal inzicht moeten worden gegeven in de huidige en (globale) toekomstige technische, financiële en organisatorische structuur van de aanvrager. Daarbij zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat door een combinatie van financiële middelen en personele inzet de programmadoelstelling nagestreefd en bereikt zal worden. Door inzicht te geven in de personele bezetting van het bestuur en de programmamakers en de rechten die zijn verworven voor de uitzending van programma-onderdelen, zal aannemelijk kunnen worden gemaakt dat de aanvrager de voorgenomen programmering kan realiseren. Er zal worden getoetst of de aanvrager redelijkerwijs gedurende de gehele looptijd van de toestemming tot het gebruik van etherruimte uitvoering kan geven aan hetgeen hij voornemens is.

Ad.c. Het bod

Het gaat om een vrijwillig uit te brengen bod. Het is niet noodzakelijk dat een minimumbod wordt uitgebracht, met andere woorden het bod mag ook

achterwege blijven. Voor het criterium van een (vrijwillig) bod is gekozen omdat dit een objectief selectiecriterium kan zijn in de situatie dat verschillende aanvragers met hun programma's in gelijke mate voldoen aan de eerste twee criteria. De hoogte van het bod kan met name selecterend werken ten aanzien van gelijksoortige aanvragers. Beoordeeld zal worden of een uitgebracht bod, gezien de financiële vooruitzichten, door de aanvrager redelijkerwijs opgebracht kan worden. Een (te) hoog bod heeft dus niet automatisch de voorkeur. Indien ingeschreven wordt voor verschillende onderdelen van de beschikbare etherruimte kan per onderdeel een verschillend bod worden uitgebracht. Ook kan een bod worden uitgebracht waarbij bijvoorbeeld een bepaald percentage van de winst zal worden afgedragen. Een dergelijk bod zal in mindere mate dan een vast bod (dat eventueel wel in de tijd gespreid kan worden, bijv. jaarlijkse betaling) kunnen meewegen, tenzij bepaalde garanties worden geboden. Ook combinaties van een vast bedrag en de afdracht van een percentage van de winst zijn derhalve mogelijk. Een in de aanvraag uitgebracht bod dient wel voldoende duidelijk te zijn omschreven."

- Aan de hand van de ingediende aanvragen heeft verweerder vier programmacategorieën geselecteerd. Verweerder heeft daarin de volgende rangorde aangebracht.

1. Programma's die op een bepaalde muzieksoort zijn gericht.
2. Muziekprogramma's die zich in belangrijke mate richten op (populaire) Nederlandstalige muziek.
3. Overige populaire muziek.
4. Nieuws.

- Onder verwijzing naar de door de Minister van WVC op grond van artikel 167, tweede lid, van de Mediawet op 20 januari 1994 verleende toestemmingen heeft verweerder bij besluiten van 20 januari 1994 met onderscheidenlijk het kenmerk HDTP/0/207255.ORT, HDTP/0/ 207259.ORT, HDTP/0/207307.ORT en HDTP/0/207261.ORT aan de binnenlandse commerciële omroepinstellingen Publimusic B.V., Radio 10 Groep B.V., AM Nieuwsbeheer B.V. en North Sea Media Network B.V. machtigingen verleend op grond van artikel 17 van de WTV voor het gebruik van een zender, onder nader gestelde voorwaarden en beperkingen. Verweerder heeft bij besluit van gelijke datum met het kenmerk HDTP/0/207257.ORT aan Classic FM Plc. te Londen een machtiging als bedoeld verleend ten behoeve van het relayeren van een buitenlands radioprogramma in de zin van artikel 167a van de

Mediawet.

• In het kader van voormelde machtigingverlening zijn aan Classic FM Plc. en Publimusic B.V. de beide beschikbare FM-frequenties toegewezen. Aan de drie andere omroepinstellingen is een AM-frequentie toebedeeld.

• Bij besluit van 20 januari 1994 met het kenmerk HDTP/O/20729/ORT is de aanvraag van appellant voor een machtiging afgewezen.

• Bij brief van 20 januari 1994 met het kenmerk HDTP/O/207236/ORT heeft verweerder aan appellant het volgende medegedeeld:

“Inmiddels is er een omroep-frequentiebeleid ontwikkeld. Ter uitvoering van dit beleid is per 1 oktober 1993 een procedure in gang gezet op basis waarvan op 20 januari 1994 een aantal gegadigden is geselecteerd. Aan deze gegadigden zijn machtigingen verleend voor frequentiepakketten ten behoeve van de uitzending van hun programma, die per 1 april 1994 in zullen gaan. De door U gebruikte frequentie maakt onderdeel uit van die frequentiepakketten. Dit betekent dat de aan U verleende tijdelijke machtiging met ingang van 1 april 1994 vervalt”.

• Eveneens bij brief van 20 januari 1994 met het kenmerk HDTP/O/ 207232/DRT heeft verweerder een mededeling van gelijke strekking gedaan aan RTO Rete Zero.

• Appellant heeft tegen de hoger aangegeven besluiten en brieven van 20 januari 1994 een bezwaarschrift ingediend. Tevens heeft hij bij de Minister van WVC bezwaar gemaakt tegen de besluiten waarbij aan een viertal omroepinstellingen toestemming als bedoeld in artikel 167, tweede lid, van de Mediawet is verleend.

• Omtrent de door appellant en anderen ingebrachte bezwaren is op 23 juni 1994 door een ad hoc door verweerder ingestelde bezwaarschriftencommissie commerciële omroep (hierna: de commissie) advies uitgebracht. De commissie adviseerde de bezwaren gegrond te verklaren voor zover betrekking hebbend op de toewijzing van frequenties en de aan de desbetreffende besluiten ten grondslag gelegde selectiemethodiek opnieuw te overwegen. Te dien aanzien overwoog de commissie:

“De commissie is van oordeel dat met hantering van het diversiteitsvereiste indirect inhoudelijke selectiecriteria worden geïntroduceerd. Toepassing van inhoudelijke selectiecriteria bij de toewijzing van restfrequenties betekent dat het totale programma-aanbod wordt bijgestuurd. Zoals gezegd gaat het in casu om de verdeling van een beperkt aantal etherfrequenties (de zogenaamde restfrequenties) bestemd voor commerciële omroep. Verreweg het grootste gedeelte van de ether is toebedeeld aan de publieke omroep. De

commissie acht het in strijd met het doel en de strekking van de Mediawet dat de restfrequenties worden verdeeld naar maatstaven die als het ware aanvullend werken op het publiek bestel. Of de voorgenomen programmering van een commerciële omroep toegevoegde waarde heeft, wordt in casu voornamelijk bepaald door het aanbod van de publieke omroep. In de ogen van de commissie wordt aldus een criterium gehanteerd waarbij ook nog eens het resterende deel van de ether wordt aangewend ten behoeve van de publieke omroep, waardoor de commerciële omroep als het ware daaraan mede dienstbaar wordt gemaakt. De eigen aard en het karakter van een commerciële omroep wordt daardoor uit het oog verloren. Gelet op het feit dat de wetgever een duidelijke afbakening tussen de publieke omroepen en de commerciële omroepen heeft beoogd, neemt de kracht van de rechtvaardiging van de publieke omroep af, indien ook bij de commerciële omroep pluriformiteit een rol gaat spelen. De commissie acht derhalve het gekozen diversiteitscriterium niet verenigbaar met de strekking en de uitgangspunten van de Mediawet.”

• Bij het bestreden besluit is op de bezwaren van appellant beslist. Bij besluit van gelijke datum heeft de Minister van WVC beslist op de door appellant bij hem ingediende bezwaren tegen de op grond van artikel 167, tweede lid van de Mediawet verleende toestemmingen.

• Bij besluit van 10 oktober 1994 met het kenmerk HDTP/20134/HWI heeft verweerder, in aanvulling op het bestreden besluit, de bezwaren van appellant tegen zijn besluit van 20 januari 1994 met het kenmerk HDTP/ 0/207295.ORT ongegrond verklaard.

3. Het bestreden besluit

Het bestreden besluit, zoals aangevuld bij besluit van verweerder van 10 oktober 1994, behelst:

I. ongegrondverklaring van de bezwaren van appellant tegen

a. de weigering aan appellant van een machtiging op grond van artikel 17 WTV;

b. het vervallen per 1 april 1994 van de aan appellant verleende tijdelijke machtiging;

c. het eerst per 1 april 1994 vervallen van de tijdelijke machtiging van RTO Rete Zero SRL;

d. het verlenen aan Publimusic B.V. en Classic FM Plc van een machtiging op grond van artikel 17 WTV;

II. Niet-ontvankelijkverklaring van appellant in de door hem ingediende bezwaren tegen de besluiten van 20 januari 1994 waarbij aan Radio 10 Groep B.V., A.M. Nieuwsbeheer B.V en North Sea Media Network B.V. machtiging op grond van artikel 17 WTV is verleend;